Hans-Joachim Korves

Möglichkeiten der Kartellbehörden bei unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere bei Konditionenkartellen

1966

MÖGLICHKEITEN DER KARTELLBEHÖRDEN BEI UNLAUTEREN ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN, INSBESONDERE BEI KONDITIONENKARTELLEN

Inaugural-Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Hans-Joachim Korves
aus Münster/Westf.

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Lukes
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Mestmäcker

Dekan: Prof. Dr. Brox

Tag der Mündlichen Prüfung: 22. Februar 1966

G l i e d e r u n g

	Seite
A. Einleitung	27
I. Aufgabenstellung	27
II. Bedeutung, Ursprung und Begriff der AGB	29
III. Die Nachteile und Gefahren der AGB	38
IV. Möglichkeiten der Inhaltskontrolle	44
B. Ansatzpunkte im GWB für eine hoheitliche Inhaltskontrolle	51
I. Der Begriff der AGB im GWB	51
1. sedes materiae	51
2. Untersuchung der Geschäftsbedingungsbegriffe im GWB und Vergleich mit dem herkömmlichen Begriff	52
a) AGB in § 2	53
b) Der Begriff der AGB in § 15	58
c) Der Begriff der AGB in § 22 a.F.	60
d) Zusammenfassung	60
II. Die KBn als Subjekte hoheitlicher Eingriffsbefugnisse nach dem GWB - das System ihrer Eingriffsmaßnahmen	61
III. § 2 als Schwerpunkt der kartellgesetzlichen Regelung	63
1. Das Konditionenkartell als Adressat der Maßnahmen der KBn	63
2. Der Inhalt kartellmäßig festgelegter AGB als Eingriffsobjekt	67
IV. Die Tragweite der §§ 15 und 22 für eine kartellbehördliche AGB-Kontrolle	68
1. Bedeutungslosigkeit des § 15	68
2. AGB des marktbeherrschenden Unternehmens als Eingriffsobjekt	68

	Seite
V. Die Bedeutung des § 5 Abs. 2 und 3 i.Verb.m. § 11 für eine AGB-Kontrolle durch die KBn	70
VI. Mißbräuchliches Verhalten der Wirtschaftssubjekte gem. §§ 2, 5 Abs. 2 und 3 und 22 als Voraussetzung für das Eingreifen der KBn bei Aufstellung und Anwendung unbilliger AGB	74
VII. Exkurs: Die Tragweite möglicher Kontrollmaßnahmen der KBn	77
C. Analyse des Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 unter besonderer Berücksichtigung der Frage, ob die Aufstellung und Anwendung unlauterer AGB durch ein Konditionenkartell den Mißbrauchstatbestand erfüllt	83
I. Die Mißbrauchsnormen im GWB: das System der kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht	86
II. Die Einheitlichkeit des Mißbrauchsbegriffs	90
1. in der gesamten Rechtsordnung	90
2. im GWB	91
3. in den einzelnen Sammeltatbeständen des GWB	92
III. Kriterien der Mißbrauchsbegriffe anderer Rechtsgebiete als Anknüpfungspunkte für die Analyse des kartellrechtlichen Mißbrauchsbegriffs in § 12 Abs. 1 Ziff. 1	94
1. Gemeinsame Kriterien des "Mißbrauchs" im privaten und öffentlichen Recht	94
2. Unterschiedliche Mißbrauchskriterien	97
IV. Bedeutung bestimmter Mißbrauchskriterien für eine wirksame AGB-Kontrolle	98
1. Subjektive Begriffsmerkmale als Kontrollhindernis	98

	Seite
2. Einschränkung der AGB-Kontrolle bei Gleichsetzung von Sittenwidrigkeit und Mißbrauch	99
V. Die Auslegung des Begriffs "Mißbrauch der durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt" gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit der Aufstellung und Anwendung unbilliger AGB	100
1. Die philologisch-grammatikalische Auslegung	100
2. Die historische Auslegung	103
a) "Mißbrauch" in der KVO	103
aa) Subjektive Begriffselemente	105
bb) Die objektiven Kriterien	107
cc) Merkmale der Sittenwidrigkeit	108
dd) Zusammenfassung	109
b) "Mißbrauch" im alliierten Dekartellierungsrecht	109
c) "Mißbrauch" in den Materialien des GWB	110
d) Ergebnis der historischen Auslegung	116
3. Die logisch-systematische Auslegung	117
a) Rechtsnatur und formelle Grenzen dessen, was nach dem GWB "mißbraucht" werden kann	117
b) Subjektive Begriffsmerkmale in den Mißbrauchstatbeständen des GWB	134
c) Mißbrauch im Sinne des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 als Anwendungsfall des Sittenverstoßes	135
d) Objektive Mißbrauchskriterien, die sich neben dem Institutionsmißbrauch aus typisch kartellgesetzlichen Wertmaßstäben ergeben	140
e) Ergebnis	150

	Seite
4. Die teleologische Auslegung	151
a) Sinn und Zweck des GWB, insbes. der Wettbewerbsbeschränkungsverbote	151
b) Sinn und Zweck der Verbotsfreistellungen, insbes. der Ausnahmen vom Kartellverbot des § 1	158
c) Sinn und Zweck des § 2	160
d) Sinn und Zweck der Mißbrauchsregelungen bei Verbotsausnahmen	163
e) Sinn und Zweck des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit Konditionenkartellen gem. § 2	170
5. Ergebnis der Begriffsanalyse und Definition des Mißbrauchs im Sinne des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit Konditionenkartellen	176
D. Die kartellgebundene Anwendung unlauterer AGB als Mißbrauch im Sinne des § 12 Abs. 1 Ziff. 1	179
I. Prüfung von Fragen des allgemeinen Vertragsrechts durch die KBn als Grundlage ihrer hoheitlichen Entscheidungen gem. §§ 2 Abs. 3 und 12 Abs. 1 Ziff. 1	181
II. Keine Bindung der KBn an die sog. "ständige Rechtsprechung" der ordentlichen Gerichte	183
III. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 als Ermächtigungsgrundlage zur behördlichen Bekämpfung kartellgebundener Anwendung unlauterer AGB	195
1. Anwendung von Klauseln, die gem. §§ 138, 826 BGB nichtig sind; Bedeutung der Rechtsprechung zu § 242 BGB	195
2. Gegenargumente	203
IV. Unabhängigkeit der KBn bei der Ermittlung der Unlauterkeit von AGB	212

	Seite
V. Ergebnis der Untersuchungen	228
VI. Kritik und Würdigung der Praxis der KBn	229
1. Positiv zu bewertende AGB-Kontrollprinzipien	231
a) Bejahung des Mißbrauchs bei Überschreitung der Inhaltsgrenzen, die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gezogen worden sind, und bei Verstößen gegen zwingendes Recht	231
b) Anlegung eigener von der Rechtsprechung losgelöster Bewertungsmaßstäbe	233
2. Negativ zu bewertende AGB-Kontrollprinzipien	238
a) Verneinung des Mißbrauchs bei Allgemeinüblichkeit und Nichtbeanstandung durch die Marktgegenseite	238
b) Unterschiedliche Behandlung von AGB-aufstellenden Kartellmitgliedern und Betroffenen; Verschiebung der Darlegungslast bei Abweichungen vom dispositiven Recht	239
VII. Schlußbetrachtung	242

Literaturverzeichnis

ANSCHÜTZ-THOMA	Handbuch des Deutschen Staatsrechts 2. Band, Tübingen 1932
AXTER, Herbert	Bedürfen die Patentveräußerungs- und Lizenzverträge einer Regelung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 15, 16 des Entwurfs)? GRUR 1954, S. 143
BALLERSTEDT, Kurt	Kartellverbot und Einzelvertrag JZ 1956, S. 267
BAUMBACH-DUDEN	Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht 14. Aufl., München, Berlin 1961
BAUMBACH-HEFERMEHL	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 8. Aufl., München und Berlin 1960
BENISCH, Werner	Der Eigentumsvorbehalt in Konditionenvereinbarungen WuW 1953, S. 598
"	Einkaufsmacht und Kartellbegriff WuW 1956, S. 480
"	Kumulation von Wettbewerbsbeschränkungen WuW 1959, S. 765
BERNHARDT, Wolfgang	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen DR 1942, S. 1171
BIEDENKOPF-CALLMANN-DERINGER	Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts Heidelberg 1957 (zit. Grundsatzfragen)

BIEDENKOPF, Kurt	Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung Heidelberg 1958 (zit. Wettbewerbsbeschränkung)
BLOMEYER, Arwed	Allgemeines Schuldrecht 2. Aufl., Berlin/Frankfurt 1957
BOHNHORST, Wilhelm	Der Mißbrauchsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, noch unveröffentlichte Dissertation, Mainz 1961 (Manuskript)
BORCHARD-FIKENTSCHER	Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung Abh. aus dem gesamten Handels-, Bürgerl. und Konkursrecht, Heft 24 Stuttgart 1957
BRANDT, Hans	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sogenannte "dispositive Recht" DRW 1940, S. 76
BRUGGER, Gustav	Zur Auslegung des § 1 GWB WuW 1959, S. 467
von BRUNN, Johann-Heinr.	Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft 2. Aufl., Köln-Berlin 1956
"	Das Konditionenkartell im neuen Kartellgesetz WuW 1958, S. 135
"	Die Konditionen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen außerhalb der Konditonenkartelle BB 1958, S. 684

von BRUNN, Johann-Heinr.	Die Verwaltungspraxis zu den Konditionenkartellen Kartellrundschau, Heft 1 Köln-Berlin-München 1961 (zit. Verwaltungspraxis)
"	Zur Schadensersatzpflicht im modernen Industrierecht NJW 1951, S. 103
CALLMANN, Rudolf	Das Deutsche Kartellrecht Berlin 1934
von CAEMMERER, Ernst	Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof JZ 1953, S. 97
CHRISTL, Artur	Mißbrauch der Preisbindung durch Preisspaltung BB 1960, S. 297
CLAUSS, Karl	Zur Systematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen MDR 1959, S. 165
DICHGANS, Hans	Zum Begriff des "Mißbrauchs" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen WuW 1958, S. 658
DÖRINKEL, Wolfram	Die Rechtslage der Konditionenkartelle WuW 1952, S. 623
"	Die Auswirkungen des neuen Kartellrechts auf die wirtschaftliche Praxis WuW 1957, S. 607

DÖRINKEL, Wolfram	Der Begriff des Mißbrauchs im Sinne der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB WuW 1959, S. 81
DREWS-WACKE	Allgemeines Polizeirecht 7. Aufl., Berlin-Köln-München-Bonn 1961
EILLES	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Gerichte DGWR 1941, S. 121
ENNECCERUS-NIPPERDEY	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 1. und 2. Halbband beide 15. Aufl., Tübingen 1959 und 1960
ERMAN, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1. Bd., 3. Aufl., Münster 1962
ESSER, Josef	Schuldrecht 2. Aufl., Karlsruhe 1960
FACHINGER, Josef	Überschreitung und Fehlgebrauch des Verwaltungsermessens NJW 1949, S. 244
FIKENTSCHER, Wolfgang	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz München-Berlin 1958
"	Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten BB 1956, S. 793
"	Das Schuldrecht Berlin 1965

FISCHER, Robert	Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen BB 1957, S. 481
FLUME, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II. Bd.: Das Rechtsgeschäft Berlin-Heidelberg-New York 1965
FORSTHOFF, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Bd.: Allgemeiner Teil 8. Aufl., München-Berlin 1961
FRANKFURTER KOMMENTAR	zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen herausg. von KAUFMANN, RAUTMANN, STRICKRODT u.a., Loseblatt-Ausgabe, Köln 1958-1963
FRIEDLÄNDER, Heinrich	Das Kartellaufsichtsgesetz Berlin 1934
GEMEINSCHAFTSKOMMENTAR	siehe: Müller-Henneberg/Schwarz
GESSLER-HEFERMEHL	Kommentar zum Handelsgesetzbuch 3. Aufl., Berlin 1955
von GIERKE, Julius	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht 8. Aufl., Berlin 1959
GIESLER, Walter	Konditionenkartelle und ihre Abgrenzung zu Preisen und Preisbestandteilen Köln 1963
GLEISS, Alfred	Allgemeine Geschäftsbedingungen und Dekartellierungsrecht WuW 1951, S. 111
"	Wirksamwerden von Konditionenkartellen NJW 1958, S. 530

GOLDRAUM, Wenzel	Kartellrecht und Kartellgericht 2. Aufl., Berlin 1926
GROSSMANN-DOERTH	Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht Freiburg 1933
GÜNTHER, Eberhard	Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen WuW 1957, S. 677
"	Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum WuW 1958, S. 379
"	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen GRUR 1958, S. 575
"	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik WuW 1960, S. 747
von HAHN, Helmuth	Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen BB 1959, S. 1279
HAMELBECK	Begriff, Arten und Verbindlichkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen Berlin 1930
HASE, Horst	Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Metall- und Maschinenindustrie Borna, Bez. Leipzig 1938
HAUPT, Günter	Vertragsfreiheit und Gesetz ZAkadDR 1943, S. 84

HAUPT, Günter	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken Leipzig 1937
HAUS, Rudolf	Vereinbarung von Geschäftsbedingungen zwischen den beteiligten Interessengruppen Bonn 1936
HAUSSMANN-HOLLAENDER	Die Kartellverordnung München, Berlin, Leipzig 1925
HECHT, Ariel	Das Privatrecht Israels RabelsZ. 1965 II, S. 302 ff.
HEDEMANN, Justus Wilh.	Deutsches Wirtschaftsrecht Berlin 1943
HELM, Johann Georg	Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag Jus 1965, S. 121
HEMPFING, Werner	Die Kartellverordnung Berlin 1930
HERSCHEL, Wilhelm	Abänderung sittenwidriger allgemeiner Geschäftsbedingungen durch richterliche Vertragskorrektur DR 1939, S. 1264
"	Die Vertragsordnung als Rechtsnorm DR 1942, S. 753
HILDEBRANDT, Heinz	Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP Bd. 143, S. 326
"	Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen JR 1955, S. 325
HIRSCH, Ernst E.	Kontrolle wirtschaftlicher Macht Bern 1958

HUBER, Ernst Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht 1. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1953 2. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1954
"	Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht DÖV 1956, S. 135 u. 200
HURST, Werner	Inwieweit kann Gesetzesrecht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen abbedungen werden? Diss., Köln 1958
ISAY, Rudolf	Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen Berlin 1955 (zit. Geschichte)
ISAY / TSCHIERSCHKY	Kartellverordnung Mannheim-Berlin-Leipzig 1925
JESCH, Dietrich	Anm. zum Urteil des BFH in JZ 1960, S. 282
JUNG, Hans	Zum Begriff des "Mißbrauchs" im Kartellrecht NJW 1965, S. 1117
KAPPMEIER, Hans-Joachim	Das Verhältnis von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Diss., Hamburg 1954
von KÖHLER, Karl-Heinz	Gibt es Rechtsbehelfe gegen den unterlassenen Widerspruch bei Anmeldekartellen? BB 1960, S. 503
"	Auflagen und Bedingungen im Kartellrecht BB 1961, S. 1354

KÖNIG, Dieter	Vertikale Preis- und Konditionenbindung nach deutschem und EWG-Kartellrecht Berlin und Frankfurt a.M. 1965
KOENIGS, Folkmar	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln GRUR 1958, S. 589
"	Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs NJW 1961, S. 1041
KRAUSE, Hermann	Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates BB 1955, S. 265
LANGEN, Eugen	Kommentar zum Kartellgesetz 3. Aufl., Neuwied/Rh. 1958
LANGE, Heinrich	BGB Allgemeiner Teil 4. Aufl., München, Berlin 1958
LANZENBERGER, Fritz	Zum Konditionenkartell WRP 1958, S. 193
LARENZ, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts 1. Bd., Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München u. Berlin 1964 2. Bd., Besonderer Teil, 6. Aufl., München u. Berlin 1964
LEHMANN, Heinrich	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 13. Aufl., Berlin 1962

LEHNICH, Oswald	Die Wettbewerbsbeschränkung Köln-Berlin 1956 Ergänzungsband 1958
LEHNICH-FISCHER	Das Kartellgesetz Berlin 1924
LUKES, Rudolf	Der Kartellvertrag München, Berlin 1959 (zit. Kartellvertrag)
"	Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen in Festschr. f. Alfred Hueck, S. 459 München und Berlin 1959 (zit. Inhaltsbegrenzung)
"	Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Jus 1961, S. 301 (zit. Grundprobleme)
"	§ 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen NJW 1963, S. 1897
von MANGOLDT-KLEIN	Das Bonner Grundgesetz, Band I 2. Aufl., Berlin-Frankfurt 1957
MAUNZ-DÜRIG	Grundgesetz München-Berlin 1960
MAYER-WEGELIN	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Frankfurt 1960
MEESKE, Helmut	Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäftsbedingungen BB 1959, S. 857

MELCHER, W.	Fragen zum Widerspruch der Kartellbehörde BB 1958, S. 398
MERK, Wilhelm	Deutsches Verwaltungsrecht Berlin 1962
MROCH, Karl-Egbert	Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen Karlsruhe 1960
MÜLLENSIEFEN-DÖRINKEL	Kartellrecht 3. Aufl., Berlin 1938
MÜLLEREISERT, F. A.	Allgemeine Lieferungsbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand Berlin 1932
MÜLLER-GRIES	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Frankfurt/M. 1958
MÜLLER-HENNEBERG	Zum Mißbrauchsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen BB 1959, S. 139
MÜLLER-HENNEBERG / SCHWARTZ	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Gemeinschaftskommentar) 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1963
NASTELSKI, Karl	Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, DRiZ 1955, S. 212
von NOTTBECK, Benno	Über die Grenzen der Freizeichnung in allgemeinen Lieferungsbedingungen Diss., Göttingen 1960

PAGENSTECHER, Max	Sittenwidrige Lieferungsbedingungen Marburg 1943
RAISER, Ludwig	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Hamburg 1935; Nachdruck 1961 (zit. AGB)
"	Vertragsfreiheit heute JZ 1958, S. 1
"	Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit in: Hundert Jahre Deutsches Recht Festschr. zum hundertjähr. Bestehen des DJT, Bd. I, Karlsruhe 1960
RASCH, Harold	Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht 2. Aufl., Berlin 1958
REICHSGERICHTSRÄTE-KOMMENTAR	Kommentar zum Handelsgesetzbuch früher herausgeg. von Mitgl. des Reichsgerichts 2. Aufl., Berlin 1950
RISSE, R.	Das Kartellgesetz in seiner Bedeutung für das Gaststättengewerbe WuW 1957, S. 752
ROQUETTE	Die Typisierung des Vertragsinhalts durch allgemeine Vertragsbedingungen JW 1938, S. 545
ROSENBERG, Leo	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 9. Aufl., München und Berlin 1961

SARNIGHAUSEN, Hans-Cord	Der Mißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen Diss., Göttingen 1961
SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT	Handelsgesetzbuch, Kommentar 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1960
SCHMIDT, Ingo	Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV WuW 1965, S. 453
SCHMIDT-RIMPLER	Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts AcP Bd. 147, S. 167
SCHMITZ, Werner G.	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Konzeption NJW 1957, S. 1704
SCHÜTZ, Walter	Mißbrauch von Machtstellungen NJW 1958, S. 1849
SCHUMANN, Hans	Handelsrecht Bd. II, Wiesbaden 1954
SERICK, Rolf	Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I Der einfache Eigentumsvorbehalt Heidelberg 1963
SIEBERT, Wolfgang	Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung 2. Teil: Die Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung und vom Rechtsmißbrauch Marburg 1934 (zit. Verwirkung und Rechtsmißbrauch)

SIEBERT, Wolfgang	Die Methode der Gesetzesauslegung Heidelberg 1958 (zit. Auslegung)
SÖLTER, Arno	Mißbrauchs- und Verbotsprinzip in der praktischen Anwendung WuW 1955, S. 230
SOERGEL-SIEBERT	Bürgerliches Gesetzbuch, I., (§§ 1 - 432) 9. Aufl., Stuttgart 1959
von STAUDINGER, Julius	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 11. Aufl., I. Bd., Berlin 1957 II. Bd., 1. Halbband, Berlin 1961, 2. Halbband, Berlin 1958
STEINDORFF, Ernst	Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht Frankfurt 1959
STRICKRODT, Georg	Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots WuW 1957, S. 75
TETZNER, Heinrich	Kartellrecht München und Berlin 1965
VOGEL, Klaus	Kartellgesetz und Handelspolicey JZ 1958, S. 111
VOLKMAR	Wandlung der Aufgaben des Richters und Erweiterung der freiwilligen Gerichtsbarkeit ZAkadDR 1937, S. 634
WAGNER, Klaus	Die Diskussion über ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Westdeutschland nach 1945 Zürich 1956

WESTERMANN, Harry	Objektivierung der allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Umwandlung in objektives Recht NJW 1963, S. 1586
WOLFF, Hans-J.	Verwaltungsrecht I 4. Aufl., München und Berlin 1961
WÜRDINGER, Hans	Allgemeine Geschäftsbedingungen im Lichte der Dekartellierungsbestimmungen MDR 1952, S. 129
"	Rechtskontrolle der Verfügungen der Kartellbehörden durch die Gerichte (§ 70 Abs. 4 GWB) WuW 1958, S. 392
ZWEIGERT, Kurt	Das neue Kartellgesetz Köln-Berlin 1959

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADSp.	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
a. F.	alter Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz.	Bundesanzeiger
BArbBl.	Bundesarbeitsblatt
BB	Betriebsberater
Betrieb	Der Betrieb
BFH	Bundesfinanzhof
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKA	Bundeskartellamt
BKartA	Bundeskartellamt
BSG	Bundessozialgericht
BTDrucks.	Bundestagsdrucksache
BStBl.	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVerwGG	Bundesverwaltungsgerichtsgesetz

DepotG	Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren
DGW	Das Gas- und Wasserfach
DGWR	Deutsches Gemeinde- und Wirtschaftsrecht
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GB	Geschäftsbedingung
GBO	Grundbuchordnung
GG	Grundgesetz
Gem.-Komm.	Gemeinschaftskommentar
GenG	Genossenschaftsgesetz
GmbHG	GmbH-Gesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KB	Kartellbehörde
KNVO	Kartellnotverordnung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KVO	Kartellverordnung
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MRG	Militärregierungsgesetz
MRVO	Militärregierungsverordnung
n. F.	neuer Fassung

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz
RabelsZ.	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SGG	Sozialgerichtsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StuW	Steuer und Wirtschaft
Tz.	Textziffer
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
VA	Verwaltungsakt
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VO	Verordnung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WStG	Wirtschaftsstrafgesetz
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung in WuW
ZAkadDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZPO	Zivilprozeßordnung

A. Einleitung

I. Aufgabenstellung

Die sogenannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) haben in den letzten Jahrzehnten die Aufmerksamkeit vieler auf sich gelenkt. Dabei wurde neben den Versuchen, die Rechtsnatur der AGB, ihren Aufstellungsvorgang und das Eingehen der vorformulierten Vertragsinhalte in spätere Einzelrechtsgeschäfte rechtsdogmatisch zu erfassen, besonders auf die Lösung des Problems einer wirksamen Inhaltsbegrenzung unbilliger, unlauterer AGB[1] hingearbeitet.

Da sich nur wenige Gesetze mit dem Phänomen der AGB befassen - in älteren Gesetzen, wie dem BGB und dem HGB finden sich überhaupt keine Regelungen dieser Materie - muß jede einschlägige Kodifizierung vor allem das Interesse des Juristen auf diesem Gebiete erregen.[2]

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit der Inhaltskontrolle von AGB durch die Kartellbehörden (KBn). Sie nimmt zu der Frage Stellung, inwieweit die aufgrund des Gesetzes gegen

---

1) Anknüpfend an die Terminologie Mrochs, "Zum Kampf gegen unlautere Geschäftsbedingungen", sollen unter unlauteren GB solche AGB verstanden werden, die in sachlich nicht gerechtfertigter Weise einseitig der Interessenwahrung der Aufsteller und Anwender dienen und die Rechtsposition der Einzelrechtsgeschäftspartner unbillig verschlechtern.

2) Neuerdings wird in Holland der Versuch unternommen, Teilfragen des Rechts der AGB gesetzlich zu regeln; vgl. Westermann, NJW 1963, S. 1586; ebenso in Israel durch das "Gesetz über Einheitsverträge" aus dem Jahre 1964; vgl. Hecht, RabelsZ., 1965 II, S. 327/28.

Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 27.7.1957[1] am 1.1.1958 ins Leben gerufenen KBn auf die inhaltliche Gestaltung der AGB einwirken können, vornehmlich aber, ob und inwieweit die kartellbehördlichen Befugnisse ausreichen, die Anwendung unbilliger AGB durch bestimmte Wirtschaftssubjekte nicht allein aus wirtschaftspolitischen und wettbewerbsrelevanten Gründen zu bekämpfen. Das GWB ist eines der wenigen Gesetze,[2] in dem sich Vorschriften über AGB finden, die eventuell geeignet sind, aus dem Problemkreis des Rechts der AGB den Sektor der Inhaltskontrolle in einem neuen Licht erscheinen zu lassen.

In den nachfolgenden Untersuchungen soll auch auf die bisher an die KBn herangetragenen, AGB betreffenden Fälle eingegangen und eine kritische Würdigung der in diesem Zusammenhang gemachten Aussagen und getroffenen Entscheidungen angeschlossen werden.

Angesichts des überaus reichhaltigen und kaum mehr zu übersehenden Schrifttums zum Recht der AGB und der Fülle kartellrechtlicher Einzelfragen erschienen weitgehende Beschränkungen geboten. Insbesondere mußte auf eine ins einzelne gehende Stellungnahme zu den verschiedenen bisher in Rechtsprechung und Literatur aufgezeigten und vorgeschlagenen Inhaltsbegrenzungen von AGB verzichtet werden. Vielmehr war das Problem lediglich in den umfassenden Rahmen der gegen

---

1) BGBl. I S. 1081; Änderungen durch Gesetz vom 1.8.1959 (BGBl. I S. 565), Gesetz vom 6.9.1965 (BGBl. I S. 1185), Gesetz vom 9.9.1965 (BGBl. I S. 1294) und Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 15.9.1965 (BGBl. I S. 1363).

2) Ein anderes Gesetz, in dem sich Regelungen finden, ist z.B. das DepotG v. 4.2.1937; vgl. hier §§ 5 Abs. 1 und 10 Abs. 1.

unbillige AGB gefundenen Abwehrmittel zu stellen und der Umfang und die Intensität des neuerlich eingeführten Kontrollmittels der verwaltungsmäßigen Einflußnahme durch KBn zu prüfen.
Obwohl das GWB den KBn unterschiedlichen Wirtschaftssubjekten gegenüber, insbesondere aber gegenüber den sogenannten marktbeherrschenden Unternehmen Eingriffsbefugnisse gewährt, wenn es sich unter anderem um die Anwendung von AGB durch diese Wirtschaftssubjekte handelt, erschien es angebracht, das Schwergewicht der Arbeit auf diejenigen Vorschriften des Gesetzes zu legen, die sich speziell mit Verträgen und Beschlüssen über die einheitliche Anwendung von AGB, den sogenannten Konditionenkartellen, befassen. Eine Beleuchtung dieses Schwerpunktes für das Recht der AGB im GWB ermöglicht nämlich gleichzeitig die Erörterung der Probleme der AGB-Kontrollbefugnisse der KBn schlechthin. Vor allem aber erforderte die vorliegende Arbeit die Auslegung des Mißbrauchsbegriffs im Sinne der für kartellbehördliche Eingriffsbefugnisse gegenüber Konditionenkartellen entscheidenden Ermächtigungsvorschrift des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 GWB.[1)]

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß im einführenden Abschnitt der Arbeit Wert darauf gelegt werden mußte, u.a. zunächst den Begriff der AGB zu umreißen und danach zu untersuchen, ob und inwieweit sich die vom GWB-Gesetzgeber verwendeten Begriffe, wie "Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen", mit dem herkömmlichen Begriff der AGB decken.

II. Bedeutung, Ursprung und Begriff der AGB

Dem Wirtschaftsleben unserer Tage verleiht eine starke Organisationstendenz das typische Gepräge. Das allgemeine Bestreben, die Produktions- und Arbeitsvorgänge zu rationali-

1) Paragraphenangaben ohne Zusatz des Gesetzes beziehen sich im folgenden auf das GWB.

sieren, etwa durch Schaffung von Großbetrieben, durch Massenfabrikation, Normierung und Typisierung, gilt auch im Bereich des rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Werden häufig Verträge über den gleichen Gegenstand und unter nahezu denselben Voraussetzungen geschlossen, so wird das abschliessende Unternehmen aus einem verständlichen Rationalisierungsbedürfnis den Inhalt dieser Verträge möglichst weitgehend von vornherein standardisieren. Durch die ständige Wiederholung des Vorganges "Vertragsschluß" wird es geradezu zum Zwecke der Erhaltung seiner Wirtschaftlichkeit dazu gezwungen.[1] Diesem Typisierungsbedürfnis liegt die Schaffung von AGB zugrunde.

Da unser dispositives Recht den Parteien, die einen Vertrag schließen wollen, die Möglichkeit einräumt, an die Stelle der gesetzlichen Regelungen eigene, abweichende Vereinbarungen zu setzen, ist man bestrebt, eine solche Abdingung des Gesetzes nicht nur durch individuelle Übereinkünfte, sondern auch mit Hilfe der AGB zu erreichen.

Der Ursprung der AGB, wie sie in ihrer heutigen Form bekannt sind, reicht zurück bis ins letzte Drittel des vorigen Jahrhunderts, als nach der Reichsgründung die Entstehung von Großbanken und die Bildung von Wirtschafts- und Industrieverbänden einsetzte.[2] Obwohl die umwälzende Strukturänderung der Wirtschaft, die damals ihren Anfang nahm, von dem Gesetzgeber nicht in ihrem vollen Umfange vorausgesehen werden konnte, wird den Verfassern des BGB nicht ganz zu Unrecht der Vorwurf gemacht, die AGB als Erscheinungsform des täglichen Lebens nicht genügend berücksichtigt zu haben, indem sie den Individualvertrag als Regelfall zum Gegenstand der Kodifikation machten und nur durch Gewährung der Vertragsfreiheit jedem Einzelnen freistellten, seinen Beziehun-

---

1) v. Brunn, Formularbedingungen, S. VII.

2) Zur Geschichte der AGB vgl. Raiser, AGB, S. 26 ff. und die dort angeführte Literatur.

gen zu anderen Rechtsgenossen eine eigene Form zu geben. So muß besonders erstaunlich wirken, daß weder das HGB noch das BGB die AGB mit einem Wort erwähnen.

Diese Tatsache mag auch erklären, daß die AGB, die seit langem geläufig sind,[1] in der Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich definiert werden. Einigkeit besteht lediglich darin, daß es sich bei den AGB um einen Sammelbegriff handelt, der im einzelnen die als Verkaufs-, Lieferungs-, Zahlungs-, Beförderungs- und Mietsbedingungen und als Bank-, Börsen-, Versicherungs- und Spediteurbedingungen usw. bekannten Bestimmungen umschließt.[2] Auch wird weiterhin allgemein angenommen, daß der Wortteil "Bedingung" nicht im technischen Sinne der §§ 158 ff. BGB aufzufassen, sondern dem Sprachgebrauch des Handelsverkehrs entlehnt ist,[3] der darunter Einzelheiten einer Vereinbarung oder zukünftigen Abmachung, eine "Bestimmung", etwa im Sinne des § 505 Abs. 2 BGB versteht.[4] Insoweit deckt sich der Begriff "Bedingung" mit dem der sog. "Kondition". Es handelt sich dabei sowohl um spezielle als auch um generelle Bestimmungen, bei deren Annahme durch den Partner sich eine Vertragspartei zum Abschluß eines Geschäftes bereit erklärt.[5]

Im übrigen herrscht jedoch in der Terminologie große Unklarheit. Im weitaus größten Teil der Literatur zum Recht der

---

1) RG-Urteil vom 8.12.1883 - RGZ Bd. 13, S. 76

2) Hase, aaO., S. 6 f.; Raiser, AGB, S. 19.

3) Hase, aaO., S. 7

4) Hanisch, aaO., S. 3

5) Zur Abgrenzung des Begriffs der AGB von dem der "Geschäftsbedingungen" oder Konditionen im Sinne des GWB vgl. unten S. 51 ff.

AGB wird zum Begriff selbst keine Stellung genommen, indem offenbar die begriffliche Eindeutigkeit ebenso vorausgesetzt wird wie die allgemeine Kenntnis dieser Erscheinungsform unseres Rechtslebens. Auch die Rechtsprechung hat bisher keine klare Definition ausgesprochen.[1)]

RAISER versteht unter AGB die formularmäßige, im voraus stattfindende Festlegung des Inhalts von Massenverträgen oder doch einzelner, rechtlich bedeutsamer Punkte in gesetzesähnlichen Sätzen durch "Unternehmer", die planmäßig gleichartige Geschäfte in unbestimmter Vielzahl abschließen oder abzuschließen gedenken, wobei er den Begriff "Unternehmer" als Gegensatz zum Begriff "Kunden" verstanden wissen will, für den es sich in der Regel um ein einmaliges, jedenfalls nicht planmäßig in Massen wiederholtes Geschäft handelt.[2)3)] Von RAISER werden also folgende Begriffsmerkmale besonders herausgestellt, die schon bei dem Reichsgericht im Urteil vom 18.12.1883 ähnlich anklangen:[4)]

1. Formularmäßige Typisierung von Massenverträgen,
2. Vorausregelung in abstrakten Sätzen und
3. Aufstellung durch den "Unternehmer".

LUKES stimmt im wesentlichen mit der Definition RAISERS überein. Seiner Ansicht nach sind ebenfalls drei Merkmale entscheidend: 1. muß es sich um die Aufstellung für typische Rechtsgeschäfte einer bestimmten Art handeln, 2. muß der

---

1) Vgl. z.B. die Terminologie in BGHZ, Bd. 17, S. 1 ff., wo lediglich von einer "fertig bereitliegenden Rechtsordnung" bzw. von einer "allgemein geregelten Vertragsordnung" die Rede ist.

2) Raiser, AGB, S. 19 und die dortige Note 1).

3) Ähnlich wie Raiser: Hamelbeck, aaO. S. 5 jedoch nicht so klar.

4) RGZ Bd. 13, S. 77

Inhalt dieser später abzuschließenden Rechtsgeschäfte vorformuliert und 3. muß die Festlegung durch einen Vertragspartner des später abzuschließenden Einzelrechtsgeschäfts erfolgt sein oder durch jemanden, der dessen Interessen wahrnimmt.[1)]

Diese Kriterien sind für den Begriff der AGB in der Tat ausreichend.[2)] AGB können nach dieser - hier ebenfalls vertretenen - Auffassung also auch von einem einzelnen Unternehmer aufgestellt werden, vorausgesetzt, daß er Massenverträge abschließt. Bei der Aufstellung vorformulierter Vertragsinhalte durch einen einzelnen oder durch mehrere Unternehmer oder durch einen Interessenverband, dem der Unternehmer angehört, handelt es sich lediglich um Modifikationen des Grundsachverhalts Aufstellung.[3)]

HEDEMANN will dagegen nicht einzelne Firmen-, sondern nur Branchenbedingungen zu den AGB zählen. Erst, wenn ein ganzes Gefüge von Vertragsbestandteilen ein typisches Gepräge erhalten habe und von ganzen Wirtschaftskreisen angewendet werde, könne man von AGB sprechen.[4)] Ähnlich wie HEDEMANN will im modernen Schrifttum CLAUSS nicht alle im Geschäftsleben angewandten GB als A l l g e m e i n e GB bezeichnet wissen. Wenn es sich um solche Bedingungen handelt, die nur e i n Kaufmann seinen Geschäften zugrunde legt, dann liegen seiner Meinung nach deshalb keine AGB vor, weil

---

1) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 459, Note 2.

2) Ebenso wie Raiser und Lukes auch Enn.-Nipperdey, aaO., § 163 VI.

3) Lukes, Grundprobleme, S. 301.

4) Hedemann, Dt. Wirtsch. R., S. 297.

es am Merkmal des "Allgemeinen" fehlt.[1] Eine solche Beschränkung des Begriffs der AGB auf die Anwendung der Bedingungen durch mehrere Unternehmer (Begriff der Branchenbedingungen) entspricht jedoch keineswegs dem Sprachgebrauch und wird auch im Schrifttum überwiegend nicht vorgenommen.[2] Das Merkmal des "Allgemeinen" bezieht sich lediglich auf die generelle Anwendung der Geschäftsbedingungen eines oder mehrerer Unternehmer im Gegensatz zu den speziellen Bedingungen, die beim Abschluß eines Einzelrechtsgeschäfts jeweils zwischen den Parteien individuell ausgehandelt werden.

Scheinbar abweichend von der Begriffsbestimmung RAISERS und LUKES', in Wahrheit aber nur ergänzend stellt HILDEBRANDT maßgeblich auf die Äußerung des Vereinheitlichungswillens des die AGB aufstellenden Unternehmers ab.[3] Nach seiner Ansicht kommt es darauf an, "ob der Unternehmer seinen Wunsch nach grundsätzlich einheitlicher Auslegung der Geschäftsbedingungen und damit nach Ausschaltung einzelpersönlicher Rücksichten irgendwie - wenn auch stillschweigend - zu erkennen gibt". Die Zweckbestimmung durch den Unternehmer wird auch von HAUS in seiner Definition der AGB

---

1) Clauss, MDR 1959, S. 165, darüber hinaus verlangt er im Anschluß an BGHZ Bd. 22, S. 109 eine Anwendung der Geschäftsbedingungen über den Bereich eines Oberlandesgerichtsbezirks hinaus.

2) Enn.-Nipperdey, aaO. § 163 VI; Esser, aaO. § 12,3; J.v.Gierke, aaO. S. 25; v.Godin in RGRK zu § 346, Anm. 17b); Hurst, aaO. S. 1; Larenz, aaO. S. 89; Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 459, Note 2; ders., Grundprobleme, S. 301; Nastelski, DRiZ 1955, S. 212; Schlegelberger-Hildebrandt, aaO. zu § 346, Anm. 25; Schumann, aaO. S. 29; Staudinger-Weber, aaO. Einl. 453 vor § 241; Stoldt in Vhdlg. d. 41. DJT Bd. II/E 15.

3) Hildebrandt, AcP, Bd. 143, S. 326 ff.

besonders hervorgehoben: "Geschäftsbedingungen sind Vertragsnormen, welche von einem Unternehmer dazu bestimmt sind, Inhalt sämtlicher im Geschäftsbetrieb seines Unternehmens mit seinen Kunden abzuschließenden einschlägigen Verträge zu werden".[1)2)3)] In der Tat wird auf dieses Kriterium häufig ausdrücklich hingewiesen.[4)] Es muß jedoch als selbstverständlich erscheinen, daß jeder Unternehmer, der den Inhalt ständig wiederkehrender Verträge von vornherein standardisiert hat, bestrebt ist, von der einmal fixierten Typisierung seiner Vertragsbedingungen überhaupt nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr im Regelfall abzuweichen, denn den einmal geschaffenen AGB wohnt die Ten-

---

1) Haus, aaO., S. 4.

2) In diesem Zusammenhang ist die Frage nach der Rechtsnatur der AGB unbeachtlich. Nach der heute h.M. in Rechtsprechung und Lehre handelt es sich dabei jedoch nicht um Rechtsnormen, wie in den 30-er Jahren überwiegend angenommen wurde. Vgl. die Literaturhinweise bei Raiser, AGB S. 60, sowie Haupt, aaO., S. 189; Helm, Jus, 1965, S. 122; Herschel, DR 1942, S. 753; sowie aus der Rechtsprechung insbesondere RGZ in DR 1941, S. 1210, RGZ Bd. 171, S. 43 ff. (48). Die AGB gleichen ihnen lediglich wegen ihres abstrakten und generellen Charakters. Ihnen fehlt jedoch die Verbindlichkeit des objektiven Rechts und die Regelung der Lebenssachverhalte nach Gerechtigkeitsvorstellungen. Vor allem ist der Aufsteller nicht zur Rechtsetzung befugt. Vgl. BGHZ Bd. 17, S. 1; Ballerstedt, JZ 1956, S. 270; Baumbach-Duden, aaO., Einf. Buch III, 3; v. Brunn, Formularbedingungen, S. 68 ff.; v.Godin, HGB-Komm. § 346 Anm. 17 c; Helm, Jus 1965, S. 122/23; Hurst, aaO., S. 2 ff.; Krause, BB 1955, S. 265; Lukes, Kartellvertrag, S. 201 ff.; Mroch, aaO., S. 7 f. - Wenn im Anschluß an die Ausführungen Herschels, DR 1942, S. 753, statt von AGB von einer sog. Vertragsordnung die Rede ist (so auch BGHZ Bd. 17, S. 1 ff.), so sagt die Bezeichnung über die Rechtsnatur nichts wesentliches aus. Außerdem gelangt darin der Gegensatz zum Inhalt eines individuell ausgehandelten Vertrages nicht zum Ausdruck.

3) Zum Streit um die Rechtsnatur der ADSp. vgl. Bindels, BB 1958, S. 16 ff. und S. 21 f. mit weiteren Literaturhinweisen.

4) So Blomeyer, aaO., S. 85; J.v.Gierke, aaO., S. 25 f.; Hurst, aaO., S. 1; Nastelski, DRiZ 1955, S. 212; Schumann, aaO., S. 29; Staudinger-Weber, aaO., Einl. 453 vor § 241; BGHZ Bd. 26, S. 185.

denz inne, regelmäßig keine Abweichungen oder andere Abfassungen vertraglicher Regelungen neben sich zu dulden.

Eine bedeutende Einschränkung des Begriffs der AGB wird durch V. BRUNN vorgenommen, indem er nur solche Vertragsbedingungen als AGB bezeichnet wissen will, die unabhängig vom einzelnen Geschäftsabschluß wie ein umfangreiches Normenwerk für alle etwaigen, später einmal erfolgenden Einzelgeschäfte festgelegt werden, wie es beispielsweise bei den Banken der Fall ist.[1] Seiner Meinung nach haben die formularmäßig festgelegten, den einzelnen Geschäftsabschluß betreffenden Lieferungsbedingungen z.B. für Radioapparate, Kraftfahrzeuge und ähnliche Fertigwaren einen erheblich anderen Inhalt als die AGB, wie sie gerade bei Banken üblich sind und "Normen" für möglicherweise in der Zukunft vorkommende Geschäfte der verschiedensten Art enthalten. Alle nach seiner Terminologie nicht unter den Begriff der AGB fallenden Geschäftsbedingungen bezeichnet V. BRUNN als "Formularbedingungen" (, behandelt jedoch die Problematik des Rechts der AGB in ähnlich umfassender Weise wie RAISER lediglich unter der Bezeichnung "formularmäßige Vertragsbedingungen"[2]).

Für eine solche begriffliche Unterscheidung liegt kein sachlicher Grund vor, denn der Umfang des "Normenwerkes" kann die festgelegten Geschäftsmodalitäten nicht zu AGB machen. Sie hätte allenfalls einen Sinn, wenn man - entgegen der heute herrschenden Meinung - in den AGB Rechtsnormen sehen wollte.[3][4] Infolgedessen liegen auch dann begrifflich schon AGB vor, wenn ein Unternehmer im voraus für alle seine Ge-

---

1) v.Brunn, Formularbedingungen, S. 20 f.

2) v.Brunn, "Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der Deutschen Wirtschaft".

3) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 459 f., Note 2.

4) s.o. S. 35, Note 2).

schäftsabschlüsse lediglich eine einzelne Klausel aufstellt, die z.B. die Veränderung des gesetzlichen Gerichtsstandes bezwecken soll.

Eine Unterscheidung des Begriffs der AGB von dem der sog. "Formulare" trifft V. GODIN.[1] Nach seiner Ansicht sind die Formulare nur als Vorläufer von AGB zu betrachten. Sie sollen nur Erklärungen der einen (Kunden-) Seite enthalten, die dem Einzelrechtsgeschäftspartner lediglich vorgelegt und vorgeschrieben werden, dagegen sollen AGB nicht nur Befugnisse und Verpflichtungen der einen, sondern beider Seiten vorsehen.

Hiergegen ist zu sagen, daß auch bei den "Formularen" der Urheber zum Ausdruck bringt, daß es sich dabei um seine für den Geschäftsverkehr mit ihm geltenden Regeln handelt. Andererseits begründen auch die auf der Basis von "Formularen" i.S. V. GODINS zustandegekommenen Geschäfte Befugnisse und Verpflichtungen beider Seiten, da einer Befugnis auf der einen, regelmäßig eine korrespondierende Verpflichtung auf der anderen Seite entspricht und umgekehrt.[2] Weder die Einseitigkeit der Erklärung noch die Einseitigkeit von Rechten und Pflichten können also eine Unterscheidung des Begriffs der "Formulare" von dem der AGB rechtfertigen. Wenn die sog. Formulare typisierte Formulierungen für bestimmte Rechtsgeschäfte darstellen und vom Unternehmer, bzw. dessen Interessenvertreter vorformuliert sind, dann handelt es sich eben um AGB.

Im Anschluß an die aufgezeigten Meinungen in Literatur und Rechtsprechung soll der der nachfolgenden Untersuchung zugrunde gelegte Begriff der AGB wie folgt definiert werden: "AGB sind Bestimmungen, die für typische Rechtsgeschäfte

---

1) v. Godin, HGB-Komm., § 346, Anm. 17 b).

2) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 459 f., Note 2.

bestimmter Art generell - also nicht für einen konkreten, individuellen Vertragsschluß - von einem Vertragspartner der später abzuschließenden Einzelrechtsgeschäfte oder von jemandem, der dessen Interessen wahrnimmt, im voraus aufgestellt werden."

Durch diese Definition werden auch diejenigen Vertragsbedingungen erfaßt, deren Aufstellung entgegen dem Regelfall gelegentlich unter Mitwirkung der zukünftigen Partner der einzelnen Geschäftsabschlüsse oder deren Interessenvertretungen oder unter Mitwirkung staatlicher Aufsichsbehörden erfolgt, wie beispielsweise der sog. Einheitsmietvertrag und die AGB der Banken und Versicherungen.[1)2)] Bei diesen AGB handelt es sich ebenso um eine modifizierte Erscheinungsform von AGB, wie bei solchen vorformulierten Regeln, deren einheitliche Anwendung zwischen mehreren Unternehmern vereinbart wird.[3)]

Einzelabreden für Individualverträge, die ohne oder neben den generellen Bestimmungen getroffen werden können, sollen nachfolgend als Besondere Bedingungen im Gegensatz zu den AGB bezeichnet werden.

III. Die Nachteile und Gefahren der AGB

Ebenso wie die Abdingung des Gesetzesrechts im Einzelfall zweckmäßig und zulässig ist, bestehen gegen die Aufstellung von AGB grundsätzlich keine Bedenken.[4)] Sie gewährleisten die Gleichmäßigkeit massenhaft geschlossener Verträge und

---

1) So auch Nastelski, DRiZ 1955, S. 212.

2) Zu den Vereinbarungen zwischen den beteiligten Interessengruppen im einzelnen vgl. Haus, aaO., S. 43 ff.

3) Lukes, Grundprobleme, S. 301.

4) Erman-Hefermehl, aaO., vor § 145, III 1.

entsprechen dem Bedürfnis der aufstellenden Unternehmer nach Rationalisierung und nach einer sicheren Kalkulation. In Anbetracht der heute das gesamte Wirtschaftsleben beherrschenden Organisationstendenz und der damit verbundenen Rationalisierungserfolge sind auf dem Sektor des rechtsgeschäftlichen Verkehrs die AGB durchaus billigenswert. Zugleich bringen sie auf ihrem Bereich nicht selten wohltätige Differenzierungen der geltenden Gesetze und bilden so "Wegbereiter des Gesetzes von morgen",[1] da sie oft den Erfordernissen eines einzelnen Geschäftszweiges eher entsprechen, als die allgemeinen und häufig nicht mehr genügend lebensnahen gesetzlichen Regelungen.[2] Dabei darf allerdings nicht verkannt werden, daß einer Überbetonung des Rationalisierungseffekts der AGB entgegengehalten werden kann, daß die Aufstellung und inhaltliche Anpassung von AGB an veränderte Interessen des Aufstellers mit erheblichem Arbeitsaufwand (z.B. Drucklegung) verbunden sein kann.

Der zukünftige Einzelrechtsgeschäftspartner ist trotz aller mit AGB verbundenen Vorteile jedoch in besonderem Maße vor solchen AGB schutzbedürftig, in denen ihre Aufsteller durch Aufnahme gewisser Klauseln für sich vorteilhafte Rechtspositionen in den abzuschließenden Individualverträgen auf Kosten der zukünftigen Vertragsgegner zu erringen suchen.[3]

Die rechtsergänzende Tätigkeit der Wirtschaft, die durchaus erforderlich ist, wird häufig deshalb zu einer Gefahr, weil die AGB-aufstellenden Kreise verständlicherweise auf die Wahrung ihrer eigenen Vorteile bedacht sind und dabei nur allzu leicht das Interesse der zukünftigen Einzelrechtsgeschäftspartner und der Allgemeinheit außer acht lassen.

---

1) Fischer, BB 1957, S. 482.

2) Mroch, aaO., S. 2.

3) BGHZ Bd. 26, S. 185.

Nicht das Bedürfnis einer sachgerechten Differenzierung des dispositiven Rechtes, sondern das Bestreben, in seiner Kalkulation möglichst viele Wagniskosten von sich auf andere abzuwälzen, also den Unternehmensgewinn zu maximieren, zeigt sich häufig in dem Augenblick, in dem der Unternehmer unter Ausnutzung der ihm eigenen wirtschaftlichen Übermacht[1] die Möglichkeit ergreift, unbillige Bedingungen "unter der Flagge der Vertragsfreiheit" - wie MROCH sich ausdrückt[2] - im voraus aufzustellen.[3]

Auf die Tatsache, daß gerade die Vorformulierung der AGB einem im Zeitpunkt der Aufstellung noch anonymen Kundenkreis gegenüber zur Ausübung gesteigerten Eigennutzes verleitet, weist LUKES mit Recht besonders hin.[4] Der Unternehmer geht dabei kaum ein Geschäftsrisiko ein, denn sollten einem einzelnen, besonders umworbenen Kunden die AGB des Unternehmers zu unbillig erscheinen, so hat jener immer noch die Möglichkeit, in diesem Falle "Bedingungsnachlässe" zu gewähren, wobei er vielleicht zusätzlich noch den Anschein erwecken wird, sich besonders entgegenkommend gezeigt zu haben.

Eine soziologische Analyse des Phänomens der AGB ergibt, daß die Einzelrechtsgeschäftspartner nur allzu oft den Vorsprung, den die AGB-Aufsteller durch die Vorformulierung der Vertragsinhalte gewinnen, wegen ihrer fehlenden Bewertungsfähigkeit nicht mehr einzuholen imstande sind, oder wegen ihres Vertrauens auf die Vorrangigkeit der Besonderen Bedin-

---

1) Müllereisert, aaO., Einl. S. 6.

2) Kroch, aaO., S. 2.

3) Müllereisert, aaO., S. VI, spricht von einer "Flucht aus dem Gesetz". Grossmann-Doerth, aaO., S. 5, spricht vom sog. "Selbstgeschaffenen Recht der Wirtschaft".

4) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 461.

gungen und die Bestandskraft der Verträge überhaupt keinen Versuch unternehmen, ihr "Handicap" bei der Vertragsgestaltung auszugleichen; sie lassen sich von der Hoffnung leiten, daß "es schon gutgehen werde".

Obwohl es natürlich manchen AGB-Aufstellern oft gelingen wird, dem Einzelvertragspartner auch die Zweckmäßigkeit ihrer AGB zu zeigen, wird dadurch doch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß in vielen Fällen bei der Aufstellung der AGB das Bestreben nach einer unsachgerechten Risikoabwälzung im Hintergrund gestanden hat. So finden sich z.B. in den AGB regelmäßig Verfall- und Verwirkungsklauseln, kurze Ausschlußfristen, Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsverbote des Einzelvertragspartners und Haftungsbegrenzungen oder sogar -ausschlüsse des Aufstellers bei Verletzung vertraglicher Sorgfaltspflichten; selten fehlen Gerichtsstands- oder Schiedsgerichtsklauseln. Ähnliches gilt bei Kauf- und Werkverträgen für den Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen und bei Mietverträgen für außerordentliche Kündigungsrechte des Vermieters bei den geringfügigsten Vertragsverletzungen des Mieters.

Der Ansicht V. BRUNNS, der Einzelrechtsgeschäftspartner erlange für die ihm durch die AGB genommenen Rechte und für die ihm auferlegten Risiken ein Äquivalent in Form eines verbilligten Preises für die Waren oder Leistungen,[1] ist nur mit großem Vorbehalt zuzustimmen. Auf der Unternehmerseite mag es sich bei den AGB um einen betriebswirtschaftlich objektiven Kalkulationsfaktor handeln, weil jedes Risiko im Rahmen eines Rechtsgeschäftes rechnerisch irgendwie beurteilt werden kann, doch ist die Preisverringerung für den Einzelvertragspartner kein Äquivalent im konkreten Schadens-

---

1) V. Brunn, Formularbedingungen, S. 34 ff.; ders., Verwaltungspraxis, S. 19 ff.

fall, sie ist vielmehr nur ein Äquivalent für die generelle Schadensmöglichkeit. "Bei der Argumentation, der Kunde bezahle weniger und daher könne er auch in seinen Rechten beschnitten werden, setzt man völlig inkommensurable Größen miteinander in Beziehung, nämlich den generellen Kalkulationswert mit dem konkreten Schaden".[1)2)] V. GODIN[3)] lehnt die Meinung von der Vergleichbarkeit der Preisverringerung mit der Risikobelastung mit der gleichen Begründung ab und führt weiterhin aus, ein eventueller Risikoausgleich durch eine Versicherung sei kein Ersatz für Vertragserfüllung und Sorgfaltspflicht des Kontrahenten.

Die AGB-aufstellenden Unternehmen schlagen in der Regel also nicht den Weg einer großzügigen Risikotragung bei einer entsprechend höheren Preisstellung ein. Sie lehnen die Annahme der Rechtsposition ab, die unser dispositives Recht dem einzelnen Vertragsteil zuweist, und streben statt dessen mit Hilfe eines Katalogs von Bestimmungen, die vornehmlich der Risikoabwälzung dienen, das Ziel an, mit einem entsprechend niedrigeren Preis die Waren und Leistungen auf dem Markt anzubieten. Daraus kann nur geschlossen werden, daß der Kunde regelmäßig lediglich auf den Preis sieht und den Kalkulationswert der aufgrund der Aufstellung von AGB eingetretenen Verschlechterung seiner Rechtsposition unterschätzt

---

1) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 462.

2) Ähnlich Fikentscher, WuW 1960, S. 52 ff. im Anschluß an BGHZ in WuW/E BGH 325 ff. = WuW 1960, S. 49 ff.

3) V. Godin, aaO., § 346, Anm. 17d).

oder auch völlig außer acht läßt.[1)]

Darin liegt die eigentliche Gefährlichkeit der AGB. Sie erscheinen vielfach sogar einem erfahrenen Juristen so verklausuliert, daß sie eines längeren Studiums bedürfen, wenn ihre gesamte, später eventuell folgenschwere Tragweite für Einzelrechtsgeschäftspartner erkannt werden soll.

Die Aufzählung sämtlicher Vor- und Nachteile, die durch die Schaffung von AGB auftreten können, würde den Rahmen dieser einleitenden Vorschau sprengen. Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß die Bekämpfungsmaßnahmen, die von der Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich Allgemeiner GB vertreten werden, nicht den billigen, sachlich gerechtfertigten,

---

1) Angesichts der v. Brunn'schen Argumentation vom niedrigeren Preis als Äquivalent für "Bedingungsverschlechterungen" drängt sich - ginge man von ihrer Richtigkeit aus - außerdem die bisher noch nicht untersuchte Frage nach der Vereinbarkeit der Praxis der AGB-Aufsteller auf der Anbieterseite mit den Vorschriften des UWG gegen unerlaubten Wettbewerb im allgemeinen und unerlaubter Werbung im besonderen auf. Da § 3 UWG u.a. die Forderung nach der sog. Preiswahrheit beim Anbieten von Waren und Leistungen fordert, erscheint es höchst zweifelhaft, ob eine Preisbemessung, die wegen der Existenz unbilliger, die Kunden benachteiligender AGB zwar niedrig erfolgt, aber im einzelnen konkreten Schadensfalle den Individualgeschäftspartner wegen seiner Rechtlosstellung die Aufbringung eines ungemein höheren als geforderten "Preises" abnötigt, mit den Grundsätzen einer lauteren Werbung vereinbar ist. In Wahrheit resultiert außerdem der dem rechnerischen Kalkulationswert der AGB entsprechende Preisnachlaß auch nicht aus den Leistungen des Unternehmers, sondern er beruht letztlich auf der Tatsache, daß sich der Unternehmer durch die Anwendung unlauterer AGB anmaßt, die von dem im einzelnen Schadensfalle durch einen Einzelvertragspartner aufzubringende Vermögensleistung nach versicherungsmathematischen Grundsätzen unter die anderen Individualgeschäftspartner in Gestalt des Preisnachlasses zu verteilen. Letztlich handelt es sich in diesen Fällen also um unlauteren Nichtleistungswettbewerb, den der Unternehmer durch seine Preisstellung betreibt.

sondern den unlauteren, die wohlverstandenen Interessen der Einzelvertragspartner einseitig beeinträchtigenden AGB-Klauseln gelten.

IV. Möglichkeiten der Inhaltskontrolle

Die Kritik der Rechtswissenschaft an jenen AGB, mit denen einseitig eigennützige Zwecke auf Kosten der Einzelvertragspartner verfolgt werden, setzte ein, als in der Zeit nach dem ersten Weltkriege besonders häufig derart egoistische Bedingungen auftauchten.[1] Aber auch die Rechtsprechung hatte sich schon frühzeitig mit Auswüchsen bei der Gestaltung AGB-belasteter Verträge zu befassen.[2] Man erkannte, daß Schranken für den Inhalt von AGB genauso unentbehrlich waren wie die Schematisierung und Rationalisierung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Dieses mußte vor allem nicht nur dann gelten, wenn mit Hilfe der AGB wider Recht und Billigkeit jedes Risiko von dem Unternehmer auf die Abnehmer der Waren oder gewerblichen Leistungen abgewälzt wurde, ohne daß damit eine Vereinfachung des Abschlusses oder der Durchführung von Einzelrechtsgeschäften verbunden war, sondern auch in den Fällen, in denen die Vereinfachung lediglich auf Kosten der Einzelvertragspartner erfolgte.[3]

Die Skala der vorgeschlagenen und zum Teil in der Rechtsprechung verwendeten Abwehrmittel gegen unlautere AGB reicht von der Inhaltskontrolle durch Selbstkontrolle der Wirtschaft über den Ausbau staatlicher Kontrollinstitutionen, der Mitwirkung von Notaren oder der Gegeninteressenten der Aufsteller bis zu den Rechtsbehelfen, die unsere Rechtsord-

---

1) Vgl. die Ausführungen bei Mroch, aaO., S. 5 f. mit ausführlichen Literaturhinweisen.

2) Vgl. Mroch, aaO., S. 12 ff.

3) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 460 f.

nung für die einzelnen Vertragspartner im Rechtsgeschäftsverkehr bereitstellt.[1] An dieser Stelle sind insbesondere die §§ 138, 242 und 315 BGB zu nennen. Aber auch allgemeine Rechtsgrundsätze werden zur Inhaltskontrolle herangezogen, wie die Grenzen der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit, das dispositive Gesetzesrecht, die Billigkeit, der Vorrang des Allgemeininteresses vor den Einzelinteressen usw.[2]

Die Rechtsprechung bediente sich aus dem Arsenal der sich anbietenden Abwehrmittel vornehmlich der §§ 138[3] und 242 BGB[4], und der Auslegung der AGB zuungunsten des Auf-

---

1) Zu den einzelnen in Rechtsprechung und Literatur vorgeschlagenen Kontrollmitteln vgl. Flume, aaO., S. 670 ff. und die gedrängte Zusammenstellung bei Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 460 ff.; Einzelheiten und zahlreiche Literaturhinweise bringt Mroch, aaO., S. 28 ff.

2) Helm, Jus 1965, S. 127, vertritt neuerdings die Ansicht, die Gerichte hätten die AGB als vereinbartes "fremdes Recht" einer Normenkontrolle zu unterwerfen, wobei die AGB gleichsam am Maßstab des "ordre public" auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundgedanken unserer Rechtsordnung zu prüfen seien.

3) Z.B. RGZ Bd. 128, S. 251; RGZ in DR 1941, S. 1726; RGZ Bd. 143, S. 24 (28) mit Zusammenstellung der Rechtsprechung; BGHZ Bd. 22, S. 90 = NJW 1957, S. 17; BGHZ in LM § 138 BGB (Cc) Nr. 1 = NJW 1956, S. 1065. Zur historischen Entwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung vom Monopolmißbrauch zum Mißbrauch durch Ausnutzung einer monopolartigen Stellung vgl. Mroch, aaO., S. 20 ff. mit zahlreichen Entscheidungsangaben.

4) Z.B. RGZ Bd. 87, S. 335; Bd. 96, S. 266; Bd. 142, S. 353; Bd. 168, S. 321 ff. (329); BGHZ in NJW 1954, S. 1033 = MDR 1954, S. 345; BGHZ Bd. 20, S. 164 = NJW 1956, S. 908; BGHZ in LM § 242 BGB (Cd) Nr. 41; BGHZ Bd. 22, S. 90 = NJW 1957, S. 17; BGHZ Bd. 33, S. 216 = NJW 1961, S. 212; BGHZ Bd. 38, S. 185 = NJW 1963, S. 99; BGHZ Bd. 41, S. 141 (154); BGH Urt. v. 17.2.64 - II ZR 98/63 - in NJW 1964, S. 1123; BGH Urt. v. 4.11.1964 - VIII ZR 46/63 - in NJW 1965, S. 246; LG Tübingen, Urt. v. 13.12.1963 in NJW 1964, S. 1798.

stellenden,[1] wobei verschiedentlich auch auf objektive Grundsätze, nicht auf die besondere Fallage zwischen den am Rechtsstreit Beteiligten abgestellt wurde.[2] Neuerdings[3] hat der BGH im Anschluß an LARENZ[4] den Rechtsgedanken des § 315 BGB zur Inhaltsbeschränkung mit herangezogen.[5] In einer der jüngsten Entscheidungen des BGH zum Recht der AGB[6] sieht der 8. Zivilsenat die Unangemessenheit einer AGB-Klausel und damit einen Verstoß gegen Treu und Glauben in der für den Einzelrechtsgeschäftspartner "überraschenden" Abweichung von der typischen Regelung des dispositiven Gesetzesrechts.

In diesem Abwehrsystem gegen unbillige AGB erkennt man das Bestreben, die Gesamtheit der in Einzelverträge eingehenden vorformulierten Bestimmungen einer abstrakten und generellen Kontrolle bei Aufrechterhaltung des Einzelrechtsgeschäfts zu unterziehen.

Bereitet die Erklärung für das Eingehen nicht ausdrücklich

---

1) RGZ Bd. 120, S. 18; RGZ in JW 1938, S. 1594 Nr. 20; BGHZ in LM § 242 BGB (Cd) Nr. 37; KG in NJW 1965, S. 1277/78.

2) Z.B. RGZ Bd. 170, S. 233 ff. (239); Bd. 171, S. 43 ff. (47); BGHZ in LM § 242 BGB (Cd) Nr. 37.

3) BGHZ Bd. 38, 183 = NJW 1963, S. 99; Vers R 1963, S. 45; so auch LG Tübingen, NJW 1964, S. 1798 und LG Ravensburg, NJW 1965, S. 637.

4) Larenz, 4. Aufl., 1. Bd., § 8 a. E.

5) Vgl. dazu Lukes, NJW 1963, S. 1897 ff.; zustimmend auch Fikentscher, Schuldrecht, § 26 V 5d).

6) BGH Urt. v. 4.11.1964 - VIII ZR 46/63 - in NJW 1965, S. 246.

vereinbarter AGB in das Einzelrechtsgeschäft[1)2)] und in diesem Zusammenhang die Beantwortung der Fragen nach der Rechtsnatur der AGB[3)] und nach der des Aufstellungsvorgangs[4)] schon erhebliche dogmatische Schwierigkeiten, so hat die Lösung des dritten Grundproblems im Recht der AGB, die Frage nach einer wirksamen inhaltlichen Kontrolle, in der Praxis der ordentlichen Gerichte durch die - neuerdings um die Abwehrmittel aus § 242 BGB erweiterte - sog. Monopolrechtsprechung nach der überwiegenden Literaturmeinung noch nicht zu befriedigenden Ergebnissen geführt.[5)] Denn man erkennt zwar den normenähnlichen Charakter der AGB, weiß aber bei der Anwendung der genannten Individualrechtsbehelfe das für AGB typische kollektivrechtliche Element nur durch vorsichtige Erweiterungen bzw. Anreicherungen dieser Tatbestände um generelle Bewertungen in halbwegs angemessener Weise zu berücksichtigen.

Den sichersten Schutz der Rechtsordnung vor unbilligen AGB böte unzweifelhaft eine mit der abstrakten und konkreten Normenkontrolle der Art. 93 Abs. 1, Ziff. 2 und 100 GG ver-

---

1) Raiser, AGB, S. 147 ff.; Mroch, aaO., S. 7 ff.

2) Nach Helm, Jus 1965, S. 123 ff., können AGB lediglich durch Verkehrssitte, Handelsbrauch oder Verweisungsvertrag gegenüber dem Individualrechtsgeschäftspartner Wirkungen entfalten. Seiner Ansicht nach werden AGB durch einen Verweisungsvertrag nicht materieller Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts, sondern bleiben - ebenso wie ausländische Rechtsnormen bei der kollisionsrechtlichen Verweisung im internationalen Schuldrecht - über dem Vertrag stehende Normen.

3) s.o. S. 35, Note 2).

4) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 477 ff.

5) Mroch, aaO., S. 12 ff. u. 36 ff.

gleichbare AGB-Kontrolle durch den Staat. So werden denn auch gegen eine für alle Wirtschaftszweige zu verwirklichende Inhaltskontrolle durch staatliche Institutionen -, die im übrigen auch diejenigen zukünftigen Individualrechtsgeschäftspartner wirksam schützen würde, die aus den verschiedensten Gründen keinen Rechtsschutz gegen mißbilligenswerte AGB vor den ordentlichen Gerichten suchen, - keine rechtserheblichen Einwände erhoben, sondern wegen der in diesem Falle erforderlich werdenden Anschwellung des Behördenapparates technische, ökonomische und wirtschaftspolitische Bedenken ins Feld geführt, die allerdings in der Tat unübersehbar sind.[1] In einzelnen, volkswirtschaftlich besonders bedeutsamen Wirtschaftszweigen hat der Staat jedoch schon von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, wenn auch nicht immer von vornherein institutionell seinen Einfluß auf die Aufstellung von AGB zu sichern, so doch durch eine repressive Kontrolle, mißbilligenswerte Auswüchse zu bekämpfen. Hier sind z.B. die Bestimmungen des VAG bezüglich der AVB der Versicherungen[2] und die Ermächtigungsvorschriften für die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von AGB[3] zu nennen.

Die Schaffung jeder neuen hoheitlichen Handhabe zur Verhinderung der Aufstellung und Anwendung unlauterer AGB muß verständlicherweise die Aufmerksamkeit der an dem rechtlich so bedeutsamen Phänomen der AGB Interessierten erregen. Die Fragestellung, welche Erfolge ein neuerlich eingeführtes Kontrollmittel auf dem Wege zur Lösung des Inhaltsbegren-

---

1) Fischer, BB 1957, S. 487; Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 464; Möller, Verhdlg. d. 41. DJT, Bd. II/E, S. 37; ausführlich Mroch, aaO., S. 28 ff. mit zahlreichen Literaturhinweisen.

2) Vgl. § 5 Abs. 3 Ziff. 2 i.Verb.m. § 8 Abs. 1 Ziff. 2 VAG vom 6.6.1931 (RGBl. I, S. 279) i.d.Fass. v. 28.2.1955 (BGBl. I, S. 85).

3) Z.B. § 1 der VO v. 8.9.1939 (RGBl. I, S. 1745), wonach Verbindlichkeitserklärungen für AGB vom Reichswirtschaftsminister ausgesprochen werden konnten.

zungsproblems zu erzielen vermag, wird dabei naturgemäß in den Vordergrund treten. Diesem Ziele soll auch die nachfolgende Untersuchung dienen.

Den Anlaß für die Prüfung, ob und mit welchen Konsequenzen die Reihe der schon bestehenden staatlichen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Inhaltsgestaltung von AGB durch die neue Kartellgesetzgebung erweitert worden ist, bieten einige Vorschriften im GWB.

B. Ansatzpunkte im GWB für eine hoheitliche Inhaltskontrolle

I. Der Begriff der AGB im GWB

1. sedes materiae

Im GWB ist von Geschäftsbedingungen in § 2 Abs. 1 Satz 1[1)] und § 15[2)] die Rede. Außerdem enthielt § 22 Abs. 3 a.F.[3)], der durch das Änderungsgesetz vom 15.9.1965 neu gefaßt worden ist, den Begriff "Geschäftsbedingungen". Die Neufassung[4)] ersetzt lediglich die beispielhafte Aufzählung von Mißbrauchstatbeständen in § 22 Abs. 3 a.F. durch eine Gene-

---

1) § 2 Abs. 1 Satz 1 lautet:
"§ 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse, die die einheitliche Anwendung allgemeiner Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen einschließlich der Skonti zum Gegenstand haben."

2) § 15 hat folgenden Wortlaut:
"Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen, die sich auf Märkte innerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes beziehen, sind nichtig, soweit sie einen Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen bei solchen Verträgen beschränken, die er mit Dritten über die gelieferten Waren, über andere Waren oder über gewerbliche Leistungen schließt."

3) § 22 Abs. 3 a.F. lautet u.a.:
"Die Kartellbehörde hat gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen die in Absatz 4 genannten Befugnisse, soweit diese Unternehmen 1. beim Abschluß von Verträgen über diese Waren oder gewerblichen Leistungen ihre Marktstellung beim Fordern oder Anbieten von Preisen oder bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen mißbräuchlich ausnutzen ..."

4) § 22 Abs. 3 n.F. hat folgenden Wortlaut:
"Die Kartellbehörde hat gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen die im Abs. 4 genannten Befugnisse, soweit diese Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerblichen Leistungen mißbräuchlich ausnutzen."

ralklausel, die sämtliche möglichen Mißbräuche einer marktbeherrschenden Stellung erfaßt.[1] Die alte Fassung des § 22 Abs. 3 kann also in die folgenden Begriffsanalysen durchaus noch mit einbezogen werden.

2. Untersuchung der Geschäftsbedingungs-Begriffe im GWB und Vergleich mit dem herkömmlichen Begriff

Die Relevanz dieser kartellrechtlichen Vorschriften für das Recht der AGB setzt voraus, daß sich die darin enthaltenen Begriffe ("allgemeine Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen" in § 2 und "Geschäftsbedingungen" in den §§ 15 und 22 a.F.) mit dem überkommenen, vor dem Inkrafttreten des GWB entwickelten Begriff der AGB decken. Es ist also zunächst die Frage zu beantworten: Wollte der GWB-Gesetzgeber bestimmte Erscheinungsformen der AGB im herkömmlichen Sinne durch die Kodifikation des GWB, insbesondere in den genannten Bestimmungen reglementiert wissen, indem er trotz unterschiedlicher Terminologie darunter AGB im oben definierten Sinne verstand,[2] oder müssen den von ihm verwendeten Begriffen völlig andere, von dem der AGB verschiedene Begriffsinhalte zugrunde gelegt werden?

Für den Fall, daß die erste Frage bejaht werden muß, stellt sich die weitere Frage: Beruht die neuerliche Gestaltung des Verhältnisses des Staates zu den AGB auf einem wohlüberlegten Plan, oder sind diese Bestimmungen halb zufällige, die AGB zum Teil nur mittelbar mitbetreffende Nebenprodukte der Kartellgesetzgebung, wie RAISER seinerzeit von den Regelun-

---

1) Schriftlicher Bericht des Wirtschaftsausschusses zur Kartellgesetznovelle vom 10.6.1965 zu § 22 Abs. 3, BTDrucks. IV/3533, Auszug abgedr. in WuW 1965, S. 834 ff. (836).

2) s.o. S. 37/38

gen der sog. Kartellverordnung (KVO) des Jahres 1923[1] und der sog. Kartellnotverordnung (KNVO) des Jahres 1930,[2] den Vorläufern des GWB, zu Recht behaupten konnte?[3] Schließlich drängt sich auch noch die Frage auf: Sind außer den genannten drei Paragraphen des GWB noch andere Vorschriften dieses Gesetzes für das Recht der AGB von Belang, obwohl expressis verbis darin von ihnen nicht die Rede ist?

a) AGB in § 2

Im Zusammenhang mit wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere aber mit § 2 wird häufig statt von AGB oder Geschäftsbedingungen von sog. Konditonen gesprochen. Diesen Begriff kennt der amtliche Text des GWB nicht. Er ist jedoch inhaltlich keinesfalls mit dem der AGB gleichzusetzen. "Kondition" muß man mit Bedingung oder mit Geschäftsbedingung übersetzen. Die Terminologie der Wirtschaftspraxis versteht unter Konditionen nämlich auch Besondere GB, also solche Regelungen, die für ein konkretes Einzelrechtsgeschäft ausgehandelt werden. Die Aufforderung zur Abgabe eines Kaufantrages wird z.B. häufig folgendermaßen formuliert: "Um Unterbreitung Ihrer Konditionen wird gebeten" -, wobei vor allem die Nennung des Kaufpreises erwartet wird.[4] Es darf jedoch aus dem Sprachgebrauch der Praxis nicht zwingend gefolgert werden, daß der Begriff "allgemeine Geschäftsbedingungen"

---

1) Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923 (RGBl. I, S. 1067, 1090).

2) Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26.7.1930 (RGBl. I, S. 328).

3) Raiser, AGB, S. 296.

4) In dem Urteil des LG Düsseldorf vom 15.8.1961 ("Gummistecker") - WuW/E LG/AG 186 ff. = WuW 1962, S. 446 ff. - hat offensichtlich der Terminus "Kondition" ein Mißverständnis ausgelöst; dort hatten die Parteien - wie aus der Tatbestandsschilderung hervorgeht - mit der Bezeichnung "Konditionen" zweifellos keine AGB gemeint, so daß das LG von einer Erörterung des § 2 eigentlich hätte absehen müssen.

in § 2 auch Besondere GB einschließt, denn die Bezeichnung der "allgemeinen Geschäftsbedingungen" des § 2 als Konditionen kann sowohl auf einer sprachlichen Ungenauigkeit beruhen als auch lediglich einen Teilbereich der Konditionen erfassen wollen. In den Materialien des GWB werden diese begrifflichen Abgrenzungen nicht näher erörtert.

Schwerwiegende Gründe sprechen jedoch dafür, daß unter den "allgemeinen Geschäftsbedingungen" i.S. des § 2 nur die AGB im herkömmlichen Sinne zu verstehen sind. Zunächst spricht der Wortlaut des Gesetzes dafür. Wenn der Gesetzgeber schon diese Bezeichnung wählt, so kann angenommen werden, daß er sie in Kenntnis des überkommenen Begriffs der AGB verwendet. Hätte er auch die Besonderen GB, also alle Konditionen, bei seiner Regelung in § 2 erfassen wollen, so wäre das Wort "allgemeine" fehl am Platze. Andererseits ist man in der Literatur der einhelligen Meinung, daß die in § 2 zusätzlich erwähnten Begriffe "Lieferungs- und Zahlungsbedingungen" Aufzählungen bestimmter Arten von AGB sind.[1)]

Neben dieser grammatischen Auslegung ergibt sich auch aus dem Sinn und der praktischen Bedeutung des § 2, daß Besondere GB nicht von dieser gesetzlichen Regelung betroffen werden können. Wie später noch darzulegen sein wird, bezieht sich § 2 auf Kartelle,[2)] die die einheitliche Anwendung allgemeiner GB zum Gegenstand haben und gem. § 9 Abs. 2 bei den KBn anmeldepflichtig sind. Die GB der sog. Konditionenkartelle müssen also zwangsläufig bereits vor Abschluß konkreter Einzelrechtsgeschäfte vorformuliert sein, so daß Besondere GB, die mit dem individuellen Einzelvertragspartner ausgehandelt werden, unmöglich von § 2 erfaßt werden können. Der herkömmliche Begriff der AGB deckt sich also inhaltlich mit dem der "allgemeinen Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen" in § 2.

---

1) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 2 GWB, Anm. 4.

2) Näheres zum Kartellbegriff s.u. S. 64f.

Auch das Bundeskartellamt (BKA) hat in einer Stellungnahme zur Anmeldung der "Konditionenvereinbarung von Moränekieswerken" gegenüber der zuständigen LandesKB von Baden-Württemberg die Ansicht vertreten, daß der in § 2 enthaltene Begriff der AGB sich nicht von dem allgemein im Rechts- und Wirtschaftsleben gebräuchlichen unterscheidet.[1] § 2 behandelt infolgedessen "AGB-Kartelle", und die Bezeichnung "Konditionenkartell" muß sprachlich aus den gleichen Gründen als unpräzise angesehen werden, wie die Bezeichnung "Konditionen" für AGB. Im folgenden soll jedoch trotzdem der Begriff "Konditionenkartelle" für AGB-Kartelle i.S. des § 2 verwendet werden, weil er sich im Zusammenhang mit diesem Institut im Laufe der Zeit zum terminus technicus herausgebildet hat.

Im Rahmen des § 2 müssen hinsichtlich des Begriffs der AGB jedoch einige Einschränkungen vorgenommen werden, denn in § 2 Abs. 1 Satz 2 wird vom Gesetz selbst bestimmt, daß sich die einheitlichen AGB der Konditionenkartelle nicht auf Preise oder Preisbestandteile beziehen dürfen. Skontiregelungen sollen dagegen im Rahmen dieser Kartellart zulässig sein (§ 2 Abs. 1 Satz 1). Bei der Abgrenzung von solchen AGB, deren Regelung sich nach § 2 richtet, und solchen, die Bestimmungen über Preise und Preisbestandteile enthalten und deshalb nicht zum Gegenstand von Konditionenkartellen gemacht werden können, handelt es sich um ein schwieriges Problem,[2] weil es begrifflich sehr wohl möglich ist, daß einige vorformulierte Bestimmungen für künftig abzuschließende Rechtsgeschäfte zwischen den Aufstellern und ihren Einzel-

---

1) Tätigkeitsbericht des BKA 1959, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 1795, S. 20.

2) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 2 GWB, Anm. 12; v.Brunn, Gem.-Komm., § 2, Anm. 16 ff.; ders., Verwaltungspraxis, S. 47 ff.; Langen, aaO., § 2, Anm. II 1; Müller-Gries, aaO., § 2, Anm. 6.

vertragspartnern Regelungen enthalten, die sich teils offensichtlich, teils versteckt auf Preise und Preisbestandteile beziehen. Scharfe Abgrenzungslinien werden hier nicht leicht zu ziehen sein.[1] In der Praxis der KBn bereitet dieses Problem, auf das in diesem Zusammenhang nicht näher einzugehen ist, große Schwierigkeiten, und steht deshalb häufig im Vordergrund ihrer Verwaltungstätigkeit hinsichtlich der Anwendung des § 2.[2]

Die begriffliche Einschränkung, die § 2 dem Umfange nach für preisbezogene AGB macht, ist für die Frage nach seiner Bedeutung für die Bekämpfung von unlauteren AGB unbeachtlich, da die typisch unbilligen Klauseln (Haftungsausschlüsse und -begrenzungen, Verfall- und Verwirkungsklauseln usw.) von dieser Einschränkung nicht erfaßt werden. (Außerdem fallen - wie noch auszuführen ist - alle umfangmäßig nicht von § 2 erfaßten AGB-Klauseln unter das generelle Verbot des § 1, wenn ihre gemeinsame Anwendung vereinbart wird.)

Eine weitere Einschränkung enthält die Ansicht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, der die Meinung vertritt, daß nur diejenigen AGB, welche die technische Seite des Geschäftsablaufs regeln, von § 2 erfaßt werden.[3] Gegen diese Einschränkung ergeben sich aber starke Bedenken. Bereits der klare Wortlaut des § 2 spricht gegen eine solche Einengung des Begriffs der AGB.[4] Sollte jedoch der Wirtschaftspolitische Ausschuß die Bestimmungen der technischen Geschäftsabwicklung solchen AGB gegenüberstellen wollen, die sich auf Preise und Preisbestandteile beziehen, so er-

---

1) Im einzelnen vgl. v.Brunn, Verwaltungspraxis, S. 47 ff.; Ewald, WRP 1959, S. 133 f.; Giesler, Konditionenkartelle und ihre Abgrenzung zu Preisen und Preisbestandteilen.

2) Tätigkeitsbericht des BKA 1959, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 1795, S. 19.

3) Schriftl. Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 3644, Anl. 1, S. 16.

4) Dörinkel, WuW 1957, S. 607 ff. (609).

faßt er durch diese beiden Gruppen nicht alle denkbaren und in der Praxis anzutreffenden AGB: z.B. gehört die nach § 2 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich zugelassene Regelung der Skonti keineswegs zur technischen Seite des Geschäftsablaufs. Auch AGB-Klauseln betreffend Haftungsausschluß, Gefahrtragung u.ä.m. sind weder Regelungen des technischen Geschäftsverkehrs noch beziehen sie sich auf Preise und Preisbestandteile. Aus diesem Grunde wird die Ansicht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses auch seit der praktischen Anwendung des GWB durch die KBn zu recht abgelehnt.[1] Weiterhin vertritt der Wirtschaftspolitische Ausschuß die Auffassung, Zahlungs- und Lieferungsbedingungen hätten begrifflich eine positive Aussage über die Hauptleistung zum Gegenstand, die negative Feststellung, daß eine Nebenleistung nicht stattfindet oder eingeschränkt wird, gehöre dagegen nicht zu ihrem Inhalt, sondern sei als selbständige wettbewerbsbeschränkende Abrede anzusehen.[2]

Wenn diese Ansicht als zutreffend angesehen werden müßte, würde sie die Herausnahme von Konditionenkartellen aus dem Kartellverbot des § 1 praktisch fast völlig entwerten, denn AGB, die negative Feststellungen nicht enthalten, sind in der Praxis ziemlich selten.[3] Klauseln, z.B. wie "Wechsel werden nicht in Zahlung genommen", "bei Wechselzahlung wird kein Skonto gewährt", "Verpackung wird nicht zurückgenommen",

---

1) So sind bereits zahlreiche Konditionenkartelle nach Prüfung durch das BKA wirksam geworden, obwohl sie nicht nur AGB der technischen Geschäftsabwicklung enthielten. Vgl. z.B. Lieferungsbedingungen - Gemeinschaft deutscher Färbereien und Chemischreinigungsbetriebe, Eintragung: Bekanntm. Nr. 52/59 v. 19.9.1959, BAnz. Nr. 189 v. 2.10.1959, WuW 1960, S. 36; Schirmstoffwebereien, Eintragung: Bekanntm. Nr. 99/60 v. 18.8.1960, BAnz. Nr. 164 v. 26.8.1960, WuW 1960, S. 691.

2) Schriftl. Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, aaO., S. 16.

3) Dörinkel, WuW 1957, S. 609 f.

"Haftung wird nicht übernommen für ..." u.ä.m. sind in AGB sehr oft gebräuchlich. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich kein Anhaltspunkt für die vom Wirtschaftspolitischen Ausschuß vertretene Einschränkung. Außerdem könnte man fast jede positive Formulierung durch doppelte Verneinung zum Negativen umformen. Für § 2 ist es also gleichgültig, ob die AGB positive oder negative Feststellungen enthalten.[1)]

Schließlich taucht noch die Frage auf, ob auch eine einzelne AGB-Klausel Gegenstand einer Vereinbarung nach § 2 sein kann, oder ob wegen des in der Pluralform gefaßten Gesetzeswortlauts "Anwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen" nur eine Vereinbarung zulässig ist, in der die Gesamtheit der üblicherweise aufgestellten AGB geregelt wird. Es ist jedoch kein Grund dafür ersichtlich, daß die Bindung an die einheitliche Anwendung nur einer AGB-Klausel als schwächere Abrede nicht zulässig sein soll, während die Vereinbarungen über die einheitliche Anwendung mehrerer von den Aufstellern vorformulierter Vertragsbestimmungen zulässig ist.

Unter Berücksichtigung dieser geringfügigen umfangsmäßigen Einschränkungen kann der in § 2 verwendete Begriff der "allgemeinen Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen" mit dem herkömmlichen AGB-Begriff gleichgestellt werden.

b) Der Begriff der AGB in § 15

Im Gegensatz zu § 2 ist in § 15 nicht von allgemeinen GB die Rede, sondern nur von "Geschäftsbedingungen". Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch muß man unter GB alle Bedingungen verstehen, unter denen ein Geschäft zwischen zwei Parteien zu-

---

1) Einhellige Meinung im Schrifttum: Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 2 GWB Anm. 4; v.Brunn, Gem.-Komm., § 2 Anm. 11; ders., WuW 1958, S. 137; Dörinkel, WuW 1957, S. 609; Frankf. Komm. § 2 Tz. 21; Langen, aaO., § 2 Anm. III 2; im Ergebnis auch Lanzenberger, WRP 1958, S. 195; Rasch aaO., § 2 Anm. 2.

standekommt. Folglich können nach der Formulierung des § 15 sowohl die AGB im technischen Sinne als auch Individualabreden gemeint sein. Insoweit wäre also die Bezeichnung "Konditionen" für den Begriff "Geschäftsbedingungen" i.S. des § 15 sprachlich nicht ungenau.

Durch eine historische Betrachtung dieser Vorschrift könnten jedoch Zweifel an einer solchen Auslegung aufkommen: Der Regierungsentwurf (Reg.-Entw.) zum GWB wollte nämlich mit der Regelung des § 15 (= § 10 Reg.-Entw.) an § 1 Abs. 1 der KNVO anknüpfen,[1] und darin war, ebenso wie in § 10 der KVO nur von GB die Rede, obwohl die h.M. in Rechtsprechung und Lehre unter GB i.S. des § 10 KVO und § 9 KNVO nur AGB verstand.[2] Danach schien es also gerechtfertigt, auch im Bereich des § 15 unter GB nur AGB im technischen Sinne zu verstehen. Diese Einschränkung würde jedoch dem Sinn und dem Zweck der Vorschrift zuwiderlaufen. § 15 verbietet vertikale Wettbewerbsbeschränkungen.[3] Jedem Unternehmer soll die wirtschaftliche Freiheit zur Gestaltung seiner Preise und sonstigen Bedingungen erhalten bleiben. Er soll unbeeinflußt von dritter Seite bestimmen können, zu welchen Konditionen er mit seinen Kunden Verträge abschließen will. Diese Freiheit muß ihm sowohl für seine formularmäßig im voraus festgelegten GB als auch für seine besonders ausgehandelten Einzelbedingungen gesichert werden, zumal in § 15 die Preise, die in der Regel durch Einzelabrede ausgehandelt werden, besonders genannt sind. Zur Sicherung des Gesetzeszweckes müssen daher in § 15 neben den AGB im herkömmlichen Sinne auch die nur für das konkrete Einzelrechtsgeschäft ausgehandelten Bedingungen zu den "Geschäftsbedingungen" gezählt werden.[4]

---

1) Amt. Begr. zu § 10 Ziff. 1 des Reg.-Entw., BTDrucks., 2. Wahlper. Nr. 1158, Anlage 1, S. 35.

2) R. Callmann, aaO., § 10 Anm. 5.

3) Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung s.u. S. 154 ff.

4) Frankf. Komm., § 15, Tz. 55.

Eine unterschiedliche Behandlung nicht preisbezogener Geschäftsbedingungen und solcher AGB, die sich auf Preise oder Preisbestandteile beziehen, sieht § 15 im Gegensatz zu § 2 nicht vor. Eine gegenteilige Ansicht wird in der Literatur fast einhellig abgelehnt.[1)]

c) Der Begriff der AGB in § 22 a.F.

In § 22 a.F. war ebenso wie in § 15 nur von "Geschäftsbedingungen" die Rede. Auch hier könnte eine Beziehung zum Wortlaut des § 10 KVO bestehen,[2)] so daß man in Übereinstimmung mit der früher h.M. annehmen müßte, es handele sich lediglich um AGB. Aber auch der Sinn und Zweck dieser Vorschrift, in der die Preise ebenfalls ausdrücklich genannt waren, zwingen dazu, AGB und Besondere GB gleichmäßig zu behandeln; § 22 a.F. und n.F. diente bzw. dient der Verhütung des Mißbrauchs der wirtschaftlichen Machtstellung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen.[3)] Seine Marktstellung kann solches Unternehmen jedoch auch dadurch mißbräuchlich ausnutzen, daß es für ein einzelnes Geschäft eine einzelne Bestimmung zugrunde legt. Wie in § 15 waren also auch in § 22 a.F. unter Geschäftsbedingungen alle Konditionen ohne Beschränkung auf AGB gemeint.[4)] § 22 a.F. ist folglich nicht eine spezielle Inhaltskontrollnorm für AGB, bezog sich jedoch auch auf die Materie der AGB im herkömmlichen Sinne.

d) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß der Begriff der GB, wie er im GWB verwendet wird, nicht einheitlich ist, sondern im Bereich der §§ 2, 15 und 22 a.F. einen verschiedenen

1) Frankf. Komm., § 15, Tz. 60; König, aaO., S. 23; Schwartz, Gem.-Komm., § 15 Anm. 7.

2) Frankf. Komm., § 22, Anm. 41.

3) Wegen weiterer Einzelheiten zum Mißbrauch s.u. S. ff.

4) Bartholomeyczik, Gem.-Komm., § 22, Anm. 97; Frankf. Komm., § 22 Anm. 41; Langen, aaO., § 22, Anm. V 3.

Inhalt hat. Während in § 2 der Begriff "allgemeine Geschäftsbedingungen" inhaltlich mit dem herkömmlichen Begriff der AGB übereinstimmt, sind in den §§ 15 und 22 a.F. unter "Geschäftsbedingungen" auch Besondere GB zu verstehen, die nur für konkrete Einzelrechtsgeschäfte vereinbart werden. Es genügt jedoch festzustellen, daß in allen drei Vorschriften das GWB Regelungen traf bzw. trifft, die sich zumindest auch auf AGB im herkömmlichen Sinne erstrecken.

Diese Feststellungen lassen den Schluß gerechtfertigt erscheinen, daß das GWB bewußt - vor allen Dingen in § 2, der ganz speziell auf AGB zugeschnitten ist - bestimmte Erscheinungsformen der AGB reglementieren wollte.

Die Tragweite der Regelungen kann also nicht - wie seinerzeit nach Inkrafttreten der KVO und KNVO - mit der Behauptung abgetan werden, es handele sich dabei um Nebenprodukte der Kartellgesetzgebung. Es kann vielmehr davon ausgegangen werden, daß der GWB-Gesetzgeber 35 Jahre nach Verkündung der KVO die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der AGB für das moderne Geschäftsleben erkannt hat. Schließlich hat das GWB die Vorschrift, die sich einzig und allein mit der Aufstellung und der einheitlichen Anwendung von AGB befaßt, an die Spitze der von § 1 nicht betroffenen Ausnahmen gestellt.

II. Die KBn als Subjekte hoheitlicher Eingriffsbefugnisse nach dem GWB - das System ihrer Eingriffsmaßnahmen

Zur Verwirklichung der rechts- und wirtschaftspolitischen Ziele des GWB hat das Gesetz u.a. die KBn ins Leben gerufen, die gewisse, ihnen übertragene Aufgaben zu erfüllen haben. Die sachliche Zuständigkeit der KBn für diese Befugnisse ist in § 44 festgelegt.

Die Eingriffsmaßnahmen der KBn sind entsprechend der Systematik des GWB von unterschiedlicher Art und Intensität.

Soweit das Gesetz bestimmten Verträgen die privatrechtliche Wirksamkeit versagt, wie z.B. in den §§ 1 und 15, oder bestimmte Verhaltensweisen von Wirtschaftssubjekten für ordnungswidrig erklärt, wie z.B. in den §§ 25, 26 und 38 ff., besteht die Aufgabe der KBn lediglich in der Verfolgung von Zuwiderhandlungen, indem sie gem. § 81 Bußgelder gegen die Täter begangenen Verwaltungsunrechts festsetzen.

Obwohl diesbezüglich die Machtstellung der KBn nicht unterschätzt werden soll, kann nicht verkannt werden, daß ihre eigentlichen verwaltungsmäßigen Aufgaben auf einem anderen Gebiet liegen. Der Bereich für die Geltendmachung hoheitlicher Autorität erstreckt sich vor allem auf die Fälle, in denen das GWB den KBn echte Gestaltungs- und Eingriffsbefugnisse gegenüber bestimmten Wirtschaftssubjekten gewährt. Hier sind in erster Linie alle diejenigen Vorschriften des GWB zu nennen, in denen den KBn Befugnisse eingeräumt werden, Erlaubnisse und Auflagen zu erteilen, Verträge durch privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte (VAe) für unwirksam zu erklären, Erlaubnisse zu widerrufen usw. Diese Eingriffsmaßnahmen sind naturgemäß sachlich von anderer Art und Intensität als die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten.

Die nachfolgenden Untersuchungen sollen auf die Fälle der Gestaltungs- und Eingriffsbefugnisse beschränkt werden, weil eine erschöpfende Behandlung der verwaltungsrechtlichen Problematik zur repressiven Bekämpfung begangenen Verwaltungsunrechts durch Bußgeldfestsetzungen zu weit führen würde.[1)2)]

---

1) Vgl. dazu Mayer-Wegelin, Gem.-Komm., § 38, Anm. 4 ff., und die Literatur zum OWiG.

2) Bis zum Jahre 1964 war übrigens erst eine einzige Bußgeldverfügung des BKA - in Höhe von DM 200,-- - rechtskräftig geworden. Vgl. Kurlbaum, Vhdlg. d. Dt. BT, IV. Wahlper., Stenogr. Berichte, Bd. 56, 7104 C, 142. Sitzung v. 4.11.1964.

III. § 2 als Schwerpunkt der kartellgesetzlichen Regelung

1. Das Konditionenkartell als Adressat der Maßnahmen der KBn

Als Ausgangspunkt für die nachfolgende Untersuchung, inwieweit die Vorschriften des GWB geeignet sind, die Aufstellung und Anwendung unlauterer AGB unter Einschaltung staatlicher Hoheitsträger, der KBn, zu bekämpfen, bietet sich zunächst die Regelung des § 2 an, die - wie bisher festgestellt - speziell auf AGB zugeschnitten ist. Von dieser Kernstelle aus werden sodann auch die anderen für das Recht der AGB-Kontrolle bedeutsamen Vorschriften zu beleuchten sein, wobei allerdings nicht auf alle denkbaren außerhalb des § 2 liegenden für AGB relevanten Bestimmungen des GWB eingegangen werden kann.[1)]

§ 2 Abs. 1, wonach Konditionenkartelle nicht unter das allgemeine Kartellverbot des § 1 fallen, ist zunächst insofern von Bedeutung, als das Gesetz damit das unmittelbare Objekt seiner Regelung bestimmt. Nicht das Recht der AGB schlechthin, sondern das Recht der AGB-Kartelle, der Konditionenkartelle, erfährt in § 2 eine gesetzliche Reglementierung.[2)] Das GWB will in dieser Bestimmung also nicht wie andere Gesetze[3)] AGB einer bestimmten Wirtschaftsbranche erfassen, sondern lediglich solche AGB, die in einer besonderen, unter dem Blickwinkel kartellrechtlicher Relevanz auftauchenden Erscheinungsform im Rechts- und Wirtschaftsleben vorkommen können. Angesichts dieser Einschränkung mag allerdings auch beim GWB mit einer gewissen Berechtigung davon gesprochen

---

1) Vgl. dazu v. Brunn, BB 1958, S. 684 ff. (Die Konditionen im GWB außerhalb der Konditionenkartelle).

2) Die Frage, ob § 2 auch anwendbar ist auf horizontale Empfehlungen, ist wegen seines Ausnahmecharakters vom BKA verneint worden. BKA (Brief), BB 1958, S. 1275.

3) Z.B. VAG und DepotG.

werden können, es handele sich bei der Regelung des Rechts der AGB in § 2 um ein Nebenprodukt der Kartellgesetzgebung. Seine Bedeutung gewinnt diese Bestimmung für das Recht der AGB aber auch gerade aus der Tatsache, daß alle in der Skala der einzelnen Spielarten von AGB-Klauseln (Einkaufs- und Verkaufsbedingungen, AGB der Hersteller, des Handels und der Endabnehmerkreise usw.), wenn sie nur in Konditionenkartellen auftreten, der Vorschrift des § 2 unterliegen.

Es sind also zunächst die Fragen zu beantworten:
Wann liegt ein Konditionenkartell vor, und worin liegt die Bedeutung des § 2 für das Recht der AGB?

Nach der h.M. wird ein Konditionenkartell als Vertrags- oder Beschlußkartell definiert, das seine Mitglieder zur einheitlichen Anwendung von AGB beim Abschluß von Verträgen mit Marktpartnern verpflichtet.[1] Aus der Verweisung in § 2: "§ 1 gilt nicht ..." ergibt sich, daß ohne diese Sonderregelung ein nach § 1 unwirksamer Kartellvertrag oder -beschluß vorliegen muß. Das GWB bestimmt in Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift: "Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen sind unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen." Auf die gesamte Problematik einzugehen, die der von § 1 umrissene Kartelltatbestand aufwirft,[2] kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein. Es muß für die nachfolgende Unter-

---

1) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 2 GWB, Anm. 2; v.Brunn, Gem.-Komm., § 2 Anm. 6 ff.; Frankf. Komm. § 2 Tz. 8ff.; Langen, aaO., § 2 Anm. III; Müller-Gries, aaO., § 2 Anm. 1; Tetzner, aaO., S. 48.

2) Dazu vgl. Baumbach-Hefermehl, aaO., Vorbem. zu § 1 GWB Anm. 6 ff., zu § 1 GWB Anm. 1 ff. mit zahlreichen Literaturhinweisen.

suchung genügen, wenn an dieser Stelle zunächst festgehalten wird, daß der Kartelltatbestand des § 1 formell durch eine Willenseinigung zwischen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen in Form eines Vertrages oder zwischen den Mitgliedern von Unternehmensvereinigungen in Form eines Beschlusses und materiell durch Außenwirkungen in Gestalt einer Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeeinflussung bestimmt wird.[1)]

Wenn also mehrere Unternehmer die gemeinsame Anwendung einheitlicher AGB untereinander vereinbaren oder wenn die Mitglieder einer Unternehmensvereinigung die Anwendung einheitlicher AGB beschließen[2)] mit der Folge, daß auf dem Markt Außenwirkungen gegenüber Dritten hervorgerufen werden - wenn nämlich Dritte Verträge über Waren oder gewerbliche Leistungen mit diesen Unternehmen nur zu den vereinbarten AGB abschließen können - dann liegt ein Konditionenkartell vor,[3)] das ohne die Ausnahmevorschrift des § 2 Abs. 1 unwirksam wäre.

Die eigentliche Tragweite des § 2 als Inhaltskontrollnorm für AGB liegt jedoch nicht in Abs. 1, sondern in Abs. 3

---

1) Bezügl. weiterer Einzelheiten, insbes. zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung, s.u. S. 151 ff.

2) Auf die Frage, ob allen Kartellen, also auch den Konditionenkartellen, eine Einigung der Kartellmitglieder mit Verpflichtungscharakter zugrunde liegen muß, so daß legaler Zwang zum vereinbarten Gleichverhalten ausgeübt werden kann, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, weil rein faktische Bindungen (insbes. die sog. "gentleman agreements") bezüglich der Anwendung einheitlicher AGB nicht unter die Ausnahmevorschrift des § 2 fallen. (Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 2 GWB, Anm. 3; v.Brunn, Gem.-Komm., § 2 Anm. 12).

3) Lukes, Grundprobleme, S. 301.

dieser Bestimmung[1] i.Verb.m. §§ 9 Abs. 2, 34, 2 Abs. 2 und in § 12 Abs. 1 begründet, worin hoheitliche Einwirkungsbefugnisse auf Konditionenkartelle enthalten sind.

Konditionenkartelle werden gem. § 2 Abs. 3 erst dann wirksam, wenn sie gem. § 9 Abs. 2 bei den durch das GWB ins Leben gerufenen, nach § 44 zuständigen KBn schriftlich (§ 34) angemeldet worden sind, wobei die Anhörung von Gegeninteressenten nach § 2 Abs. 2 nachgewiesen werden muß, und wenn die KBn der Anmeldung innerhalb einer dreimonatigen Frist nicht widersprechen. Vor Ablauf der Widerspruchsfrist sind die Verträge oder Beschlüsse schwebend unwirksam.[2]

Die Voraussetzungen der kartellbehördlichen Befugnis zur Widerspruchserhebung nach § 2 Abs. 3 werden von § 12 Abs. 1 aufgezählt. § 12 ist für Konditionenkartelle aber nicht nur in Verbindung mit § 2 Abs. 3 - also bezüglich der präventiv kontrollierenden Widerspruchsbefugnis der KBn - von Belang, sondern auch als selbständige Ermächtigungsvorschrift für repressive Eingriffsrechte der KBn nach Wirksamwerden der

---

1) § 2 Abs. 3 lautet: "Verträge und Beschlüsse der in Absatz 1 bezeichneten Art werden nur wirksam, wenn die Kartellbehörde innerhalb einer Frist von drei Monaten seit Eingang der Anmeldung nicht widerspricht. Der Widerspruch kann nur darauf gestützt werden, daß die Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 gegeben sind."

2) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 2 GWB Anm. 13; v.Brunn, Gem.-Komm., § 2 Anm. 25.

Konditionenkartelle.[1] Die kartellbehördliche Einflußnahme auf die Inhaltsgestaltung von AGB und somit die Möglichkeit, daß staatlichen Institutionen im Kampf gegen unlautere AGB eine weitere Waffe an die Hand gegeben ist, hängt also von der Beantwortung der Frage ab, ob die in § 12 Abs. 1 Ziff. 1 normierte Regelung, die u.a. auf Konditionenkartelle als Adressaten kartellbehördlicher Maßnahmen zugeschnitten ist, zugleich auch auf die verwaltungsmäßige Kontrolle des Gegenstandes der Konditionenkartelle, nämlich die AGB, gerichtet sind.

2. Der Inhalt kartellmäßig festgelegter AGB als Eingriffsobjekt

Da § 12 Abs. 1 nicht nur die Art der Durchführung der Verträge und Beschlüsse nach § 2, sondern auch "die Verträge und Beschlüsse" selbst der Aufsicht der KBn unterstellt, muß davon ausgegangen werden, daß auch ihr Inhalt von den KBn kontrolliert werden soll. Das bedeutet also für das Recht der AGB, daß auch der Inhalt kartellmäßig festgelegter AGB mittelbar Eingriffsobjekt der KBn sein kann. Das muß auch aus Abs. 2 Ziff. 2 der gleichen Bestimmung gefolgert werden,

---

1) § 12 hat nämlich folgenden Wortlaut:
"Bei Verträgen und Beschlüssen der in den §§ 2, 3, 5 Abs. 1 und 4, § 5 a Abs. 1 und § 6 Abs. 1 bezeichneten Art hat die Kartellbehörde die in Abs. 2 bezeichneten Maßnahmen zu treffen,
1. soweit die Verträge und Beschlüsse oder die Art ihrer Durchführung einen Mißbrauch der durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt darstellen oder
2. soweit sie die von der Bundesrepublik Deutschland in zwischenstaatlichen Abkommen anerkannten Grundsätze über den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen verletzten.
Die Kartellbehörde kann unter den Voraussetzungen des Abs. 1
1. den beteiligten Unternehmen aufgeben, einen beanstandeten Mißbrauch abzustellen,
2. den beteiligten Unternehmen aufgeben, die Verträge oder Beschlüsse zu ändern oder
3. die Verträge und Beschlüsse für unwirksam erklären".

wonach die KBn den beteiligten Unternehmen aufgeben können, die Verträge oder Beschlüsse, d.h. also deren Inhalt, abzuändern.

Schon die äußerliche Betrachtung der einschlägigen Vorschriften des GWB läßt folglich den Schluß gerechtfertigt erscheinen, daß dieses Gesetz staatliche Einwirkungsmöglichkeiten auf die Inhaltsgestaltung von AGB eröffnet hat. Dabei ist die zweite, materiell bedeutsame Frage jedoch noch nicht beantwortet, ob diese Bestimmungen den KBn auch eine wirksame Handhabe dafür gewähren, einen Beitrag im Kampf gegen unlautere AGB zu leisten.

IV. Die Tragweite der §§ 15 und 22 für eine kartellbehördliche AGB-Kontrolle

1. Bedeutungslosigkeit des § 15

Die zweite Vorschrift des GWB, die sich ausdrücklich auf AGB bezieht, § 15, ist für die Untersuchung der Frage nach den Einwirkungsmöglichkeiten der KBn auf die Inhaltsgestaltung Allgemeiner GB fast völlig bedeutungslos. Hier werden lediglich bestimmte Verträge mit privatrechtlicher Wirkung für nichtig erklärt. Für die KBn ist diese Bestimmung nur insofern von Belang, als sie das vorsätzliche Hinwegsetzen über die gem. § 15 nichtigen Verträge als Ordnungswidrigkeiten nach § 38 Abs. 1 Ziff. 1 zu verhüten haben und die Ahndung von Verstößen gem. § 81 durch Festsetzung eines Bußgeldes vornehmen können.

2. AGB des marktbeherrschenden Unternehmens als Eingriffsobjekt

In § 22 a.F., der dritten Vorschrift des GWB, die sich ausdrücklich mit AGB befaßt, werden jedoch - ähnlich wie in § 2 die Konditionenkartelle - sog. marktbeherrschende Un-

ternehmen[1] der Kontrolle der KBn unterstellt.

Durch § 22 Abs. 3 a.F. wird der KB die Befugnis eingeräumt, bestimmte Verhaltensweisen der marktbeherrschenden Unternehmen zu untersagen und Verträge dieser Unternehmen mit Marktpartnern für unwirksam zu erklären, wenn sie ihre Marktstellung u.a. bei der Gestaltung ihrer AGB mißbräuchlich ausnutzen. Diese Regelung, die durch das Änderungsgesetz vom 25.9.1965 lediglich in einer Generalklausel neu gefaßt worden ist, beinhaltet also ebenfalls eine Eingriffsermächtigung der KBn in die inhaltliche Ausgestaltung der von marktbeherrschenden Unternehmen zur Anwendung gebrachten AGB.

Ob § 22 neben § 2 geeignet ist, den KBn als Waffe zur Bekämpfung unlauterer AGB zu dienen, wird im folgenden noch zu prüfen sein.

---

1) Zur Problematik des Unternehmensbegriffs und der begrifflichen Abgrenzung der Marktbeherrschung vgl. Bartholomeyczik, Gem.-Komm., Anm. 4 ff. und 15 ff. und die dort angeführten umfangreichen Schrifttumsangaben.

V. Die Bedeutung des § 5 Abs. 2 und 3 i.Verb.m. § 11 für eine AGB-Kontrolle durch die KBn

In § 5 Abs. 2 und 3 ist nicht von AGB die Rede, doch entspricht es der Ansicht in Literatur[1)] und Praxis,[2)] daß die Anwendung einheitlicher AGB durch ein sog. Rationalisierungskartell nicht der Vorschrift des § 2, sondern allein denen des § 5 Abs. 2 und 3 unterliegt, obwohl man die Anwendung einheitlicher AGB nicht als selbständige Regelung im Sinne des § 5 Abs. 2 ansieht, die "der Rationalisierung wirt-

---

1) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 5 GWB Anm. 10; Mayer-Wegelin, aaO., § 5 Erl. 5.

2) Das BKA hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß es in diesem Falle keiner besonderen Anmeldung einheitlicher AGB bedarf, daß ihre Zulässigkeit vielmehr im Zusammenhang mit der Beurteilung des diesen Vereinbarungen zugrunde liegenden Rationalisierungskartells beurteilt werden muß. - BKA, Tätigkeitsbericht 1958, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 1000, S. 46.
Als Beispiele vgl.:
Beschl. des BKA v. 27.10.1959 - 1. Beschl.-Abt. - ("Steinzeugsyndikat"), WuW/E BKartA 79 ff. (85/86) = WuW 1959, S. 903 ff. (909/10);
Beschl. des BKA v. 10.12.1959 - 3. Beschl.-Abt. - ("Kalisyndikat"), WuW/E BKartA 104 ff. (113) = WuW 1960, S. 142 ff. (151);
Beschl. des BKA v. 21.3.1960 - 1. Beschl.-Abt. - ("Basaltsyndikat"), WuW/E BKartA 162 ff. (170) = WuW 1960, S. 380 ff. (388);
Beschl. des BKA v. 20.7.1960 - 1. Beschl.-Abt. - ("Niedersächsische Kalkwerke"), WuW/E BKartA 224 ff. (234/35) = WuW 1960, S. 728 ff. (738/39);
Beschl. des BKA v. 29.12.1960 - 2. Beschl.-Abt. - ("Textillohnveredelung"), WuW/E BKartA 322 ff. (329) = WuW 1961, S. 222 ff. (229).
In einer Entscheidung vom 9.7.1965 - 2. Beschl.-Abt. - ("Sisalkordel") hat das BKA sich auf den Standpunkt gestellt, daß AGB, die in einem Spezialisierungskartell festgelgt sind, materiell zwar nach § 2 zu behandeln seien, jedoch keiner besonderen Anmeldung bedürften; WuW/E BKartA 953 ff. (956) = WuW 1965, S. 851 ff. (854).

schaftlicher Vorgänge dient."[1] Die besondere Bedeutung dieser Norm für das Recht der AGB liegt also darin begründet, daß deren Schwerpunktsregelung in § 2 durch § 5 Abs. 2 und 3 immer dann konsumiert wird, wenn kartellmäßig festgelegte AGB nicht von den Mitgliedern eines Konditionenkartells, sondern von denen eines Rationalisierungskartells zur Anwendung gelangen sollen, wenn also das Kartell Elemente eines Konditionen- und eines Rationalisierungskartells enthält. Obwohl nicht alle denkbaren außerhalb der §§ 2 und 22 liegenden Bestimmungen des GWB auf ihre AGB-Relevanz hin untersucht werden können,[2] darf aus diesen Gründen jedoch die Regelung des § 5 Abs. 2 und 3 bei der nachfolgenden Prüfung nicht außer acht bleiben.

Anders als bei §§ 2 und 22 besteht die kartellbehördliche Tätigkeit bei § 5 Abs. 2 und 3 i.Verb.m. § 11 in der Erteilung einer Erlaubnis zu einem Vertrag oder Beschluß i.S. dieser Vorschrift, bzw. in der Ablehnung eines entsprechenden Antrages.[3] Nach § 5 Abs. 2 und 3 kann also die einheitliche Anwendung von AGB e r l a u b t wer-

---

1) BKA, Tätigkeitsbericht 1960, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 2734, S. 26; a.A. v.Brunn, BB 1958, S. 687, der die kartellgebundene Anwendung von AGB unter Hinweis auf die "Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen", die Inhalt der Norm DIN 1961 sind, sogar als Gegenstand eines Normen- und Typenkartells i.S. des § 5 Abs. 1 angesehen wissen will. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden, da sich § 5 Abs. 1 nur auf technische Normen und Typen bezieht; vgl. Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 5 GWB Anm. 3; Mayer-Wegelin, aaO., § 5 Erl. 1; Langen, aaO., § 5 Erl. III 2; Schwieder, Gem.-Komm., § 5 Anm. 7; schriftl. Bericht des Wirtsch.-pol. Ausschusses zu § 3 Abs. 1 Reg.-Entw., BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 3644 Anlage 1 S. 16.

2) Dazu vgl. v.Brunn, BB 1958, S. 685 ff.

3) Darüberhinaus kommt auch noch die Erteilung von Auflagen und Bedingungen in Betracht; vgl. dazu v.Köhler, BB 1961, S. 1354.

den, wenn ein entsprechender Erlaubnisantrag von den Mitgliedern eines Rationalisierungskartells gestellt wird; es bedarf insoweit dann keines Verfahrens nach § 2.

Ähnlich wie in § 2 hängt das Wirksamwerden des Kartells folglich von der Entscheidung der KBn ab. Die Genehmigung kann gem. § 11 Abs. 3 mit Beschränkungen, Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Außerdem sind die KBn nach § 11 Abs. 4 und 5 befugt, unter bestimmten Voraussetzungen ihre Erlaubnis zu widerrufen. Hinsichtlich der AGB haben die KBn im Rahmen des § 5 Abs. 2 und 3 i.Verb.m. § 11 ähnliche Eingriffsbefugnisse wie in § 2 Abs. 3 i.Verb.m. § 12; denn sie können durch ihre unmittelbaren Maßnahmen gegenüber Rationalisierungskartellen gleichzeitig den Gegenstand der Kartellverträge bzw. -beschlüsse, also die AGB selbst, kontrollieren.

Die Regelung des § 5 ist aber nicht allein aus diesen rechtlich bedeutsamen Gründen für die nachfolgenden Untersuchungen von Belang; jede auf Publikation angewiesene Analyse der kartellbehördlichen Entscheidungspraxis zu AGB kann bei positiven Entscheidungen zum großen Teil nämlich nur auf diejenigen Aussagen der KBn zurückgreifen, die gerade im Zusammenhang mit dieser Vorschrift, insbesondere mit § 5 Abs. 3 gemacht werden. Da bei Konditionenkartellen im Falle des "Nichtwiderspruchs" innerhalb der Dreimonatsfrist gem. § 2 Abs. 3 der Akt der Eintragung in das Kartellregister keiner Begründung bedarf (§ 57 Abs. 1)[1], erkennt man allen-

1) In der Praxis wird der "Nichtwiderspruch" i.S. der §§ 2, 3 u. 5 Abs. 1 nicht als eine Verfügung i.S. von § 57 Abs. 1 angesehen und deshalb nicht förmlich begründet, sondern nur mit mehr oder minder knappen Erläuterungen bekannt gemacht (vgl. z.B.: Bekanntm. Nr. 53/58 des BKA über die Eintragung eines Konditionenkartells von Gipswerken, BAnz. Nr. 207 v. 28.10.1958 = WuW 1959, S. 105); a.A. Gleiss, NJW 1958, S. 531; Köhler, BB 1960, S. 505 f., soweit weitere Beteiligte bei einem Kartell vorhanden sind. Die Frage, ob der bewußte Nichtwiderspruch ein Verwaltungsakt ist, kann hier dahingestellt bleiben; im einzelnen vgl. v.Köhler, BB 1960, S. 304.

falls die Differenzen zwischen den angemeldeten und eingetragenen AGB, wenn die KBn durch Erörterungen mit den Anmeldern und durch Mitteilung von Bedenken Vertragsänderungen vor Anmeldung des Konditionenkartells oder innerhalb der Widerspruchsfrist bewirkt haben.[1)2)] Erlaubniserteilungen für Rationalisierungskartelle, also positive Entscheidungen, die u.a. evtl. die Zustimmung zu einem kartellmäßig festgelegten AGB-Katalog enthalten, sind von den KBn dagegen gem. § 57 Abs. 1 durch förmlichen Beschluß zu begründen.[3)]

Ein weiterer Grund für die Einbeziehung des § 5 Abs. 2 und 3 in die folgenden Betrachtungen liegt in der Tatsache begründet, daß das Schwergewicht der bis Ende 1964 beim BKA gemeldeten Kartelle bei dieser Kartellart lag.[4)]

Nicht nur die Vorschriften der §§ 2 und 22, sondern auch § 5 Abs. 2 und 3 i.Verb.m. § 11 sind folglich in den Kreis der bedeutsamsten kartellrechtlichen AGB-Kontrollnormen des

---

1) In diesem Zusammenhang ist jedoch auch auf die lobenswerte Praxis der KBn hinzuweisen, das Bedürfnis der Wirtschaft und Rechtswissenschaft nach Informationen über die kartellbehördliche Tätigkeit dadurch zu befriedigen, daß sie Presseinformationen, Briefe an bestimmte Wirtschaftskreise, Berichte über die Ergebnisse ihrer Arbeitstagungen und wissenschaftliche Arbeiten ihrer Mitglieder veröffentlichen; vgl. v.Brunn, Verwaltungspraxis, S. 34 ff.

2) Bezüglich negativer Entscheidungen, also bei ablehnenden Verfügungen (Erhebung des Widerspruchs gem. § 2 Abs. 3 und Ablehnung eines Antrages auf Erteilung einer Erlaubnis nach § 5 Abs. 2 und 3) taucht diese Schwierigkeit nicht auf, da § 58 Ziff. 1 und 2 ausdrücklich eine Begründung und die Publikation im Bundesanzeiger bzw. in einem amtlichen Verkündungsblatt des Landes vorschreibt.

3) Vgl. z.B. Beschl. des BKA v. 27.10.1959 - 1. Beschl.-Abt. ("Steinzeugsyndikat"), WuW/E BKartA 79 ff. = WuW 1959, S. 903 ff.

4) Der Präsident des Berliner Amtes konnte geradezu von einem "Tor zur Kartellbildung" sprechen, FAZ v. 18.2.1961, Nr. 42, S. 7.

GWB einzubeziehen, die den KBn möglicherweise Eingriffsbefugnisse gegenüber unlauteren AGB gewähren.

VI. Mißbräuchliches Verhalten der Wirtschaftssubjekte gem. §§ 2, 5 Abs. 2 und 3 und 22 als Voraussetzung für das Eingreifen der KBn bei Aufstellung und Anwendung unbilliger AGB

Während die möglichen Eingriffsmaßnahmen der KBn in den §§ 2 Abs. 3 i.Verb.m. § 12, 5 Abs. 2 und 3 i.Verb.m. § 11 und § 22 eindeutig festgelegt sind - Widerspruchserhebung (§ 2 Abs. 3), Ablehnung eines Erlaubnisantrages (§ 5 Abs. 2 und 3), Auflagenerteilung (§ 12 Abs. 2 Ziff. 1 und 2, § 11 Abs. 3 und § 22 Abs. 4), Widerruf einer Erlaubnis (§ 11 Abs. 4 und 5) und Unwirksamkeitserklärung von Verträgen und Beschlüssen (§ 12 Abs. 2 Ziff. 3, § 22 Abs. 4) -, ist zweifelhaft, ob und unter welchen Voraussetzungen die Aufstellung und Anwendung unbilliger AGB durch die in Frage kommenden Wirtschaftssubjekte von den KBn mit diesen Maßnahmen bekämpft werden können; denn eine ausdrückliche Regelung ist im GWB für diese Fälle nicht enthalten. Hier können deshalb nur diejenigen Bestimmungen für eine Untersuchung herangezogen werden, die generalklauselartig bestimmte Verhaltensweisen der Kartelle und marktbeherrschenden Unternehmen mißbilligen.

Bezüglich der Konditionenkartelle kommt als Ansatzpunkt für die Inhaltskontrolle von AGB § 12 Abs. 1 Ziff. 1 in Betracht. Nach dieser Vorschrift können die KBn im Anmeldeverfahren gem. § 2 Abs. 3 Widerspruch erheben oder nach Wirksamwerden des Kartells im Wege der sog. Mißbrauchsaufsicht die Maßnahmen des § 12 Abs. 2 ergreifen.[1)]

1) In der Regel wird ein Eingreifen nach § 12 selten vorkommen, weil die KBn schon bei der Prüfung der angemeldeten Vereinbarungen die Möglichkeiten später evtl. erforderlich werdender Eingriffe im Wege der Mißbrauchsaufsicht mit in Betracht ziehen und von vornherein Widerspruch erheben, wenn sichere Anhaltspunkte für ein späteres Eingriffserfordernis gegeben sind. Bei Eingriffen nach § 2 Abs. 3 kann infolgedessen von einer "antizipierten" Mißbrauchsaufsicht gesprochen werden.

Diese Befugnisse sind den KBn eingeräumt, "soweit die Verträge und Beschlüsse oder die Art ihrer Durchführung einen M i ß b r a u c h der durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt darstellen ..." (§ 12 Abs. 1 Ziff. 1).

Bezüglich marktbeherrschender Unternehmen bestimmt § 22 Abs. 3 Ziff. 1 ähnlich, daß die KBn Eingriffsmaßnahmen vornehmen können, soweit "Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung ... m i ß b r ä u c h l i c h ausnutzen".

Für das Recht der Rationalisierungskartelle enthält § 11 Abs. 5 Ziff. 2 eine entsprechende Mißbrauchsvorschrift, in der es heißt, daß kartellbehördliche Eingriffsbefugnisse gegeben sind, "soweit das Kartell oder die beteiligten Unternehmen die durch die Erlaubnis erlangte Freistellung von § 1 m i ß b r a u c h e n ...".

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen haben die KBn aber schon bei den Erwägungen, ob eine Erlaubniserteilung für ein Kartell überhaupt in Betracht kommt, durch Ausübung der antizipierten Mißbrauchsaufsicht von vornherein anhand des Inhalts der Vereinbarungen zu prüfen, inwieweit das Kartell nach Wirksamwerden die durch die Erlaubnis erlangte Freistellung von § 1 mißbrauchen würde. Die Mißbrauchsnorm des § 11 Abs. 3 Ziff. 2 kann also als Ermächtigungsgrundlage dienen, schon den Antrag auf Erlaubniserteilung abschlägig zu bescheiden oder die Erlaubnis gem. § 11 Abs. 3 mit Beschränkungen, Bedingungen oder Auflagen zu verbinden. Die Behörden brauchen also nicht erst abzuwarten, daß der Mißbrauchstatbestand erfüllt wird, wenn aus dem Inhalt der Kartellvereinbarung offensichtlich hervorgeht, daß nach

Wirksamwerden des Kartells ein Mißbrauch erfolgen würde.[1)2)]

In allen drei Normen wird also eine vom GWB einmal substantivisch, einmal abverbial und einmal verbal formulierte mißbräuchliche Verhaltensweise der Wirtschaftssubjekte als Voraussetzung für ein hoheitliches Eingreifen herausgestellt. Die Frage, ob und inwieweit die KBn gegenüber Konditionen- und Rationalisierungskartellen und gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Inhaltsgestaltung unbilliger AGB besitzen, hängt also von der Anwendbarkeit dieser kartellrechtlichen Mißbrauchsnormen ab. Die Stellung der KBn im Kampf gegen unlautere AGB steht und fällt infolgedessen mit der Auslegung der in §§ 12 Abs. 1 Ziff. 1, 11 Abs. 5 Ziff. 2 und 22 Abs. 3 Ziff. 1 verwendeten Mißbrauchsbegriffe.

---

1) Insoweit gelten also die gleichen Überlegungen wie bei der Anmeldung von Konditionenkartellen, vgl. oben S. 74 Note 1.

2) Die in § 2 Abs. 3 normierte antizipierte Mißbrauchsnorm für Konditionenkartelle wird von den KBn deshalb auf alle Kartellarten analog angewendet. Vgl.:
Beschl. des BKA v. 30.12.1959 - 1. Beschl.-Abt. - ("Röhrenhersteller"), WuW/E BKartA 119 ff. (124) = WuW 1960, S. 209 ff. (214);
Beschl. des BKA v. 11.1.1960 - 1. Beschl.-Abt. - ("Röhrendirekthändler"), WuW/E BKartA 131 ff. (135) = WuW 1960, S. 221 ff. (225);
Beschl. des BKA v. 7.5.1960 - 4. Beschl.-Abt. - ("Fensterglas"), WuW/E BKartA 188 ff. (189) = WuW 1960, S. 574 ff. (575);
Beschl. des BKA v. 22.12.1960 - Einspr.-Abt. - ("Fensterglas"), WuW/E BKartA 281 ff. (282) = WuW 1961 S. 121 ff. (122), wobei sich die Einspruchsabteilung auf den aus § 242 BGB abgeleiteten Grundsatz "dolo facit, qui petit, quod redditurus est" beruft.
Im Verwaltungsrecht hat der Grundsatz der Treuwidrigkeit dergestalt Eingang gefunden, daß auch die Aufhebung eines ablehnenden VAs nicht begehrt werden kann, wenn die Verw.-Behörde berechtigt ist, denselben VA neu zu erlassen.
Für die Anwendung dieses Grundsatzes im Kartellstreitverfahren sprechen sich ausdrücklich aus: Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 3 Anm. 26 und 30; v.Brunn, Verwaltungspraxis, S. 28 Note 54; Mayer-Wegelin, aaO., § 12 Anm. 2 i.Verb.m. § 11 Anm. 7.

Im folgenden wird deshalb zunächst eine Analyse dieser Begriffe vorzunehmen sein und sodann die Subsumtion des Sachverhaltes "Aufstellung und Anwendung unangemessener AGB" unter konkretisierte und spezifizierte Mißbrauchstatbestände zu erfolgen haben.

VII. Exkurs: Die Tragweite möglicher Kontrollmaßnahmen der KBn

Bevor eine Analyse der im GWB verwendeten Mißbrauchsbegriffe vorgenommen werden soll, erscheint es zweckmäßig, zunächst zu untersuchen, welche Konsequenzen sich aus einer möglichen wirksamen AGB-Kontrolle bei entsprechender Auslegung und Anwendung dieser Mißbrauchsnormen durch die KBn ergeben. Denn erst das Ergebnis der Prüfung, was eine kartellbehördliche Inhaltskontrolle unlauterer AGB zu leisten imstande ist, kann die bei der Analyse auftretenden Probleme im rechten Lichte erscheinen lassen.

Im Falle einer wirksamen Inhaltskontrolle der von den Kartellmitgliedern bzw. von den marktbeherrschenden Unternehmen zur Anwendung gebrachten AGB würde in erster Linie der Schutz der unmittelbar Betroffenen, der Einzelrechtsgeschäftspartner dieser Wirtschaftssubjekte erreicht. Die ihnen angetragenen AGB wären frei von solchen Klauseln, die sachlich nicht gerechtfertigt, einseitig der Interessenwahrung der Aufsteller dienen. Dadurch würde gleichzeitig für die betroffenen Wirtschaftskreise von vornherein die Notwendigkeit entfallen, spätere Einzelrechtsgeschäfte mit den AGB-Aufstellern im Hinblick auf evtl. unzulässige AGB von den ordentlichen Gerichten revidieren zu lassen. Die Anzahl der durch diese kartellbehördliche AGB-Kontrolle geschützten Individualgeschäftspartner läßt sich natürlich nicht schätzen, doch dürfte sich auf bestimmten Märkten - z.B. auf dem Sektor

des Textilgroßhandels[1] - angesichts der bisher angemeldeten Anzahl von über 40 Konditionen- und über 200 Rationalisierungskartellen mit insgesamt mehreren Tausend Mitgliedern[2] der Schutz vor unlauteren AGB fast auf alle Einzelrechtsgeschäftspartner der beteiligten Anbieter- oder Nachfrageseite erzielen lassen.

Über den Schutz betroffener Einzelrechtsgeschäftspartner hinaus würde die Bedeutung einer kartellbehördlichen AGB-Kontrolle aber auch in einer gewissen Breitenwirkung begründet sein, weil die Rechtsansichten der Behörden anderen Konditionenkartellen und sonstigen AGB-Aufstellern als Richtschnur für die inhaltliche Gestaltung ihrer Verträge und Beschlüsse dienen könnten.[3]

Weiterhin würde eine wirksame AGB-Kontrolle durch die KBn aber auch eine Befruchtung der in der sog. Monopolrechtsprechung festgefahrenen Spruchpraxis der Zivilgerichtsbar-

---

1) Vgl. BKA, Tätigkeitsbericht 1960, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 2734, S. 19 bezüglich der "Einheitsbedingungen der Deutschen Textilindustrie".

2) Vgl. BKA, Tätigkeitsbericht 1958, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 1000 S. 20 f.; Tätigkeitsbericht 1959, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 1795, S. 19 f.; Tätigkeitsbericht 1960, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 2734, S. 19 ff.

3) Einzelheiten bezüglich der Breitenwirkung werden noch aufzuzeigen sein, vgl. unten S. 189 ff.

keit bewirken können.[1] Denn für den Fall, daß die KBn wegen Unbilligkeit aufgestellter AGB gegen ein angemeldetes Konditionenkartell z.B. nach § 2 Abs. 3 i.Verb.m. § 12 Abs. 1 Widerspruch erheben, den Antrag auf Erlaubniserteilung für ein Rationalisierungskartell gem. § 5 Abs. 2 und 3 i.Verb.m. § 11 ablehnen oder die Anwendung unlauterer AGB durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gem. § 22 Abs. 3 und 4 untersagen würden, hätten die ordentlichen Gerichte, die sog. Kartellsenate der örtlich zuständigen Oberlandesgerichte,

---

1) Nach der sog. Monopolrechtsprechung ist ein unter Verwendung Allgemeiner GB geschlossener Vertrag nach § 138 BGB nichtig, wenn
   1. ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht und
   2. dieses Mißverhältnis darauf zurückzuführen ist, daß der Vertrag von dem AGB-Aufsteller dem Einzelrechtsgeschäftspartner unter Ausnutzung der wirtschaftlichen Machtstellung gewissermaßen aufgezwungen worden ist.

   Diese Thesen werden in zahlreichen Entscheidungen immer wieder zusammengefaßt:
   Vgl. RGZ Bd. 102, S. 386; OLG Frankfurt, JW 1922, S. 1533; RGZ, JW 1925, S. 1395; OLG Düsseldorf, JW 1925, S. 1019; RGZ, JW 1927, S. 655 u. 1588; OLG Darmstadt, DJZ 1928, Sp. 186; RGZ Bd. 143, S. 24 ff.; Bd. 150, S. 1 ff.; Bd. 165, S. 1 ff.
   An der Frage, ob der Einzelvertragspartner mit anderen Unternehmen hätte günstiger kontrahieren können, scheitert aber häufig die Verwerfung unlauterer AGB durch die Gerichte,
   vgl. RGZ Bd. 104, S. 98; Bd. 115, S. 122; Bd. 117, S. 102; Bd. 131, S. 213; Bd. 132, S. 305.
   Gegen die Monopolrechtsprechung (Mroch, aaO., S. 24, Note 104 mit zahlreichen Entscheidungsangaben), vor allem:
   Bernhardt, DR 1942 S. 1171; Brandt, DRW 1940, S. 76; Eilles, DGWR 1941, S. 121 ff. (125); Haupt, ZAKadDR 1943, S. 85 ff. (87); Herschel, DR 1939, S. 1264; Raiser, AGB, S. 283 ff.; Roquette, JW 1938, S. 545 ff.: Heute z.B. v.Caemmerer, JZ 1953, S. 97 ff. (99); Enn.-Nipperdey, aaO., § 163 VI; Gessler-Hefermehl, aaO., § 346 Anm. 28 ff.; Hildebrandt, JR 1955, S. 325; Larenz, aaO., S. 91; Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 473; Mroch, aaO., S. 24 f.; Staudinger-Coing, aaO., § 138 Anm. 18 b);
   bejahend: Pagenstecher, aaO., S. 143 ff.; v.Brunn, Formularbedingungen, S. 105 ff. und NJW 1951, S. 103.

über die Beschwerden gegen die belastenden Verfügungen gem. §§ 62 ff. und über die in der Hauptsache erlassenen Beschlüsse der Oberlandesgerichte der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes im Wege der Rechtsbeschwerde gem. §§ 73 ff. zu entscheiden (§95). Eine kartellbehördliche Intervention bezüglich der Aufstellung und Anwendung unbilliger AGB würde also im Wege des kartellrechtlichen Sonderstreitverfahrens einer höchstrichterlichen Nachprüfung vor den Zivilgerichten unterzogen.[1] Damit würde sich infolgedessen neben der bestehenden Nachprüfbarkeit von AGB, die als Bestandteil von Einzelverträgen auftreten und auf Klage der betroffenen Individualrechtsgeschäftspartner zum Gegenstand zivilgerichtlicher Kontrolle gemacht werden, ein zweiter Weg ergeben. Hier müßten bei der AGB-Kontrolle vor den Kartellsenaten der oberen Zivilgerichte jedoch andere Voraussetzungen und Aspekte in Betracht gezogen werden, weil die Stoßrichtung eine völlig andere wäre, woraus sich evtl. eine Auflockerung der Monopolrechtsprechung zu AGB ergeben könnte, die in der Literatur als vom Ausgangspunkt verfehlt und fast einhellig als unzureichend angesehen wird.[2] Ansätze zum Abgehen von der Monopolrechtsprechung zeigen sich allerdings in den neuesten Entscheidungen des BGH, in denen einmal der Rechtsgedanke des § 315 BGB zur Inhaltsbegrenzung herangezogen wird,[3] zum anderen die typischen Regelungen des dispositiven Rechts als Maßstab einer billigen Verteilung von Rechten und Pflichten in AGB herausgestellt werden.[4]

---

1) Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Übertragung des Rechtsschutzes auf die Justizgerichte vgl. Zweigert, Gem.-Komm. zu §§ 62 - 75, Anm. 2 ff. mit zahlreichen Literaturhinweisen.

2) s.o. S. 47 Note 5) und die dort aufgeführte Literatur.

3) BGHZ Bd. 38, S. 183 = NJW 1963, S. 99.

4) BGH Urt. v. 4.11.1964 - VIII ZR 46/63 - in NJW 1965, S. 246.

Während es bis heute allein Sache der von unlauteren AGB betroffenen Einzelrechtsgeschäftspartner war, sich im Privatrechtsstreit gegen die belastenden Klauseln der Aufsteller zu wehren, hätten nunmehr die Aufsteller ihrerseits, die ein Interesse an der Durchsetzung ihrer AGB haben, im Verwaltungsstreit vor den Kartellgerichten gegen die sie belastenden Entscheidungen der KBn, d.h. für die höchstrichterliche Anerkennung ihrer AGB zu streiten.

Da die Interessenvertretungen der zukünftigen Einzelvertragspartner regelmäßig gem. § 66 Abs. 1 Ziff. 3 bzw. § 75 Abs. 5 am Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren beteiligt sein würden, fände also in gewisser Hinsicht ein Rollentausch zwischen den Betroffenen statt.

Außerdem würden die ordentlichen Gerichte, deren Entscheidungen zu bestimmten AGB-Klauseln bislang lediglich zur Aufstellung eines Negativkatalogs geführt haben,[1] im Kartellstreitverfahren positive Stellungnahmen zu den von den KBn beanstandeten AGB abzugeben haben. Das wäre insofern von nicht unerheblicher Bedeutung, als im Rechtsverkehr die unrichtige Vorstellung beseitigt würde, alle bisher von den Gerichten noch nicht ausdrücklich beanstandeten Klauseln fänden ihre Billigung durch die Rechtsprechung.[2]

Schließlich würde die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Unzulässigkeit von AGB durch eine wirksame kartellbehördliche

---

1) Näheres s.u. S. 193 f.

2) Daß diese Ansicht nicht richtig sein kann, folgt schon aus der Tatsache der ungeheueren Vielfalt und der Aufstellung ständig neuer AGB-Klauseln; a.A. v.Brunn, Verwaltungspraxis, S. 68, der annimmt, daß alle irgendwie gearteten und im Wirtschaftsleben verwendeten AGB - wenn an deren Zulässigkeit nur gezweifelt werden könnte - schon längst in einem Rechtsstreit durch höchstrichterliches Urteil mißbilligt worden wären.

Inhaltskontrolle noch insofern eine Auflockerung erfahren können, als der gem. §§ 73, 95 Abs. 1 Ziff. 1 und 96 Ziff. 1 für das Sonderverwaltungsstreitverfahren des GWB in höchster Instanz allein zuständige Kartellsenat des BGH, also ein personell anders besetztes Richterkollegium als das des regelmäßig für AGB-Streitigkeiten zuständigen 2. Zivilsenates[1] über die Wirksamkeit der AGB zu befinden haben würde, so daß sich beim BGH eine von der bisherigen Rechtsprechung zu Fragen des AGB-Rechts bisher nicht vertretene abweichende Rechtsansicht entwickeln könnte.[2]

In Anbetracht dieser rechtlichen und tatsächlichen Aspekte bezüglich der Inhaltskontrolle von AGB durch die KBn gewinnt also die Analyse der kartellbehördlichen Mißbrauchsbegriffe ihre eigentliche Bedeutung.

---

1) Vgl. z.B. die maßgeblichen neueren Entscheidungen des BGH auf dem Gebiete des Rechts der AGB: BGHZ Bd. 17, S. 1; Bd. 22, S. 90; Bd. 33, S. 216; Bd. 38, S. 185.

2) So hat der 8. Zivilsenat bereits eine Entscheidung zur Unwirksamkeit einer AGB-Klausel getroffen, die als ein bedeutsamer Schritt auf dem Wege zu einer wirksameren Inhaltskontrolle von AGB angesehen werden muß; vgl. BGH Urt. v. 4.11.1964 - VIII ZR 46/63 - in NJW 1965, S. 246; dazu s.o. S. 45 Note 4).

C. Analyse des Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 unter besonderer Berücksichtigung der Frage, ob die Aufstellung und Anwendung unlauterer AGB durch ein Konditionenkartell den Mißbrauchstatbestand erfüllt

Das GWB enthält eine ganze Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln, die teils allgemeine Wertvorstellungen zum Ausdruck bringen, teils der ökonomischen Fachsprache angehören und deren Auslegung der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann. Als Beispiele mögen die Begriffe des "echten Leistungsentgelts", der "ungerechtfertigt unterschiedlichen Behandlung" in § 3 Abs. 1, des "angemessenen Verhältnisses" in § 5 Abs. 2 und 3, die Klauseln vom "Überwiegen des Interesses an der Erhaltung des Wettbewerbs" in § 6 Abs. 3 Ziffs. 2 und von "überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls" in § 8 Abs. 1 dienen.[1)]

Zu diesen dehnbaren und auslegungsbedürften Formeln zählt auch die hier besonders interessierende Klausel vom "Mißbrauch der durch die Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt" in § 12 Abs. 1 Ziff. 1, die als Ermächtigungsgrundlage für die kartellbehördliche Einflußnahme auf die Inhaltsgestaltung von AGB in Frage kommen könnte.

Bei diesem Begriff kann lediglich als feststehend angesehen werden, daß Mißbrauch ein Rechtsbegriff ist, weil er in einer Rechtsnorm als Voraussetzung einer Rechtsfolge verwendet wird. Aber er ist ein Begriff unbestimmten Inhalts; insofern nämlich unbestimmt, als er nicht einen fest umgrenzten, durch unsere Sprache festgelegten gedanklichen Inhalt hat, sondern sein Sinngehalt erst durch Auslegung ermittelt

---

1) Weitere Beispiele bringt Vogel, JZ 1958, S. 113.

werden muß, wobei andererseits nur ein einziger Sinngehalt der richtige, d.h. der dem Gesetz entsprechende sein kann. Es handelt sich also um einen sog. "unbestimmten Rechtsbegriff" im Sinne des Verwaltungsrechts.[1]

In der Literatur sind nach Inkrafttreten des GWB vornehmlich im Anschluß an die von der Rechtslehre und der Rechtsprechung entwickelten Begriffe des Rechtsmißbrauchs im Sinne des § 242 BGB und des Monopolmißbrauchs im Sinne des § 138 BGB zahlreiche Auslegungsversuche des Begriffs des Mißbrauchs einer "tatsächlich erlangten Stellung im Markt"[2] gemacht worden.[3] Auch scheinen sich in der Spruchpraxis der KBn, insbesondere des BKA, schon bestimmte Mißbrauchsgrundsätze entwickelt zu haben.

Während sich das BKA noch nach Ablauf des ersten Jahres seiner praktischen Arbeit auf dem Gebiete der Konditionen- und anderer Widerspruchskartelle und der Erlaubniskartelle gem. §§ 2 ff. mit der Feststellung begnügt hatte, erst eine umfangreiche Kasuistik werde den Begriff in Zukunft ausfüllen,[4] konnte es Ende 1959 in einer knappen, aber immerhin bedeutsamen Entscheidung auf dem Gebiete der Widerspruchskartelle den Mißbrauch begrifflich als einen "sittlich in-

---

1) Würdinger, WuW 1958, S. 392.

2) Ausdruck von Lanzenberger, WRP 1958, S. 195.

3) Bartholomeyczik, Gem.-Komm., § 22 Anm. 81 ff.; Benisch, WuW 1959, S. 765 ff.; Bohnhorst, aaO.; Christl, BB 1960, S. 297; Dichgans, WuW 1958, S. 658 ff.; Dörinkel, WuW 1959, S. 81 ff.; Frankf. Komm., § 22 Tz. 43 ff.; v.Hahn, BB 1959, S. 1279 ff.; Müller-Henneberg, BB 1959, S. 139 ff.; Sarnighausen, aaO.; Schütz, NJW 1958, S. 1849 ff.

4) BKA, Tätigkeitsbericht 1958, BTDrucks., 3. Wahlper. Nr. 1000, S. 40.

differenten, objektiv fehlerhaften Gebrauch" definieren.[1] Durch diesen inzwischen unanfechtbar gewordenen Beschluß[2] hat sich das BKA im Meinungsstreit der Literatur über den Unrechtsgehalt des Mißbrauchsbegriffs in § 12 auf die Seite der Vertreter einer objektiven und vom Maßstab des Sittenverstoßes losgelösten Mißbrauchstheorie gestellt, die - wie noch begründet werden soll[3] - im vollen Umfange zu billigen ist.[4]

Durch diese Feststellung ist zwar ein Teilergebnis vorweggenommen, trotzdem ist es jedoch erforderlich, zunächst auf die einzelnen Ansichten einzugehen und die Auslegungsversuche der Vertreter der unterschiedlichen Theorien vom Mißbrauchsbegriff darzulegen, um von den Grundlagen der wissenschaftlich erarbeiteten Erkenntnisse her den recht schillernden Begriff[5] des Mißbrauchs in § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit der inhaltlichen Gestaltung von AGB speziell durch ein Konditionenkartell zu erfassen.

---

1) Widerspruchsbegründung des BKA gegen die Anmeldung eines Rabatt- und Konditionenkartells des Röhrendirekthandels, Beschl. des BKA v. 30.12.1959 - 1. Beschl.-Abt. ("Röhrenhersteller") WuW/E BKartA 119 ff. (129) = WuW 1960, S. 209 ff. (219) = BB 1960, S. 68 ff. = DB 1960, S. 56 ff.

2) BKA, Tätigkeitsbericht 1960, BTDrucks., 3. Wahlper. Nr. 2734, S. 22.

3) s.u. S. 100 ff.

4) In einer jüngeren Entscheidung hat das Kammergericht noch einmal ausdrücklich betont, daß zur Annahme eines Mißbrauchs i.S. des § 12 Abs. 1 Nr. 1 Verschulden nicht erforderlich ist. Beschl. des Kammergerichts v. 10.7.1962 - 5 Kart V 39/61 - ("Polyesterlichtplatten"), WuW/E OLG 478 ff. = WuW 1962, S. 706 ff., 709.

5) H. Isay, (zit. bei Sarnighausen, aaO., S. 2) bezeichnet solche Bestimmungen, die durch das "Rechtsgefühl" auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten und lediglich Rechtsfolgen festlegen, als Blankettnormen und stellte die auf derartigen Vorschriften basierenden Entscheidungen solchen Entscheidungen gleich, die jeglicher Begründung entbehren.

Insbesondere gilt es zu klären, ob die Mißbrauchsvorschrift des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 eine Handhabe dafür bietet, die von dem überwiegenden Teil der Lehre unter dem Blickwinkel zivil- oder verfassungsrechtlicher Grundsätze de lege lata schon als unzulässig angesehenen,[1] wenn auch von der Rechtsprechung bisher nicht immer beanstandeten AGB-Klauseln[2] zu bekämpfen.

Bei der Analyse des Mißbrauchsbegriffs soll deshalb weniger solchen Kriterien Aufmerksamkeit geschenkt werden, die für die Lösung rein wettbewerbsrelevanter und volkswirtschaftlich bedeutsamer Probleme beachtlich sind,[3] als vielmehr solchen Wesensmerkmalen, die evtl. geeignet sind, die Anwendung kartellmäßig festgelegter unlauterer AGB zu verhindern.

I. Die Mißbrauchsnormen des GWB; das System der kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht

Das GWB verwendet den Mißbrauchsbegriff nicht nur in den für die AGB-Kontrolle besonders wichtigen Bestimmungen, sondern auch in anderen Vorschriften, wobei es zum Teil auch unter Verzicht auf die ausdrückliche Bezeichnung als Mißbrauch Tatbestände näher umschreibt, die nach dem System des Gesetzes in die Reihe der Mißbrauchsnormen einzureihen sind.

Eine Analyse des hier interessierenden Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 kann infolgedessen wegen der Ge-

1) Vgl. die Aufzählung der verschiedenen Lösungswege bei Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 463 ff. und die dort angeführten Autoren.

2) s.o. S. 47, Note 5) und die dort angef. Entscheidungen.

3) Wie z.B. für die Frage nach der Zulässigkeit von Kummulationen von Wettbewerbsbeschränkungen, vgl. dazu Benisch, WuW 1959, S. 765 ff.

setzessystematik nur aus einer auch die anderen Mißbrauchsvorschriften mit berücksichtigenden Gesamtschau erfolgen. Bei der Aufzählung dieser Normen sind zunächst folgende Gesichtspunkte zu beachten:

Der in § 12 Abs. 1 verwendete Mißbrauchsbegriff bezieht sich nicht nur auf Konditionenkartelle i.S. des § 2, sondern auch auf "Verträge und Beschlüsse der in §§ 3, 5 Abs. 1 und 4, 5a Abs. 1 und 6 Abs. 1 bezeichneten Art", d.h. auf Rabattkartelle, Normen- und Typenkartelle, Leistungsbeschreibungs- und Spezialisierungskartelle sowie auf reine Exportkartelle (ohne Inlandswirkung).

Die Mißbrauchsbestimmung des § 11 Abs. 5 Ziff. 2 gilt nicht nur für Rationalisierungskartelle i.S. des § 5 Abs. 2 und 3, sondern auch für Strukturkrisenkartelle (§ 4), Exportkartelle mit Inlandswirkung (§ 6 Abs. 2), Import- (§ 7) und allgemeine Krisenkartelle (§ 8) sowie gem. § 20 Abs. 3 für Lizenzverträge.

Neben der schon erwähnten Vorschrift des § 22 Abs. 3 a.F. für marktbeherrschende Unternehmen erscheint der Begriff des Mißbrauchs noch in anderen Gesetzesbestimmungen. Gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 2 können Preisbindungen bei Markenwaren und Verlagserzeugnissen für unwirksam erklärt werden, wenn sie mißbräuchlich gehandhabt werden. Nach § 38 n.F. (Abs. 3 Satz 5) kann die KB Empfehlungen, die lediglich die einheitliche Anwendung von Normen und Typen zum Gegenstand haben, für unzulässig erklären und neue gleichartige Empfehlungen verbieten, soweit sie feststellt, daß die Empfehlungen einen Mißbrauch der Freistellung vom grundsätzlichen Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 Satz 2 darstellen. Die KBn können den Kreditinstituten, Versicherungsunternehmen und Bausparkassen im Einvernehmen mit den zuständigen Aufsichtsbehörden für diese Wirtschaftszweige gem. § 102 Abs. 2 solche Maßnahmen untersagen und Verträge und Beschlüsse für unwirksam erklären, die einen Mißbrauch der durch die Freistellung von §§ 1

und 15 erlangten Stellung im Markt darstellen. Weiterhin können die KBn gem. § 104 Abs. 1 eingreifen, wenn Verträge, Beschlüsse oder Empfehlungen von Verkehrsunternehmen, land- und forstwirtschaftlichen Vereinigungen und Versorgungsunternehmen oder die Art ihrer Durchführung einen Mißbrauch der durch Freistellung von den Vorschriften des GWB erlangten Stellung im Markt darstellen.

Zu den Mißbrauchsnormen, die nicht durch eine ausdrückliche Verwendung des Mißbrauchsbegriffs, sondern durch Umschreibung genauerer Tatbestandsmerkmale gekennzeichnet sind, können außerdem die Bestimmungen der §§ 3 Abs. 3 Satz 2 und 17 Abs. 1 Ziff. 3 und - mit gewissen Verbehalten - auch § 18 gezählt werden. In § 3 Abs. 3 Satz 2 werden als Mißbrauchsumschreibungen "offensichtlich schädliche Wirkungen für den Ablauf von Erzeugung oder Handel oder für die angemessene Versorgung der Verbraucher", insbesondere die Erschwerung der "Aufnahme der gewerblichen Tätigkeit in einer Wirtschaftsstufe" genannt; in § 17 Abs. 3 Ziff. 3 die Eignung der Preisbindung oder ihre Verbindung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen, "in einer durch die wirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die gebundenen Waren zu verteuern oder ein Sinken ihrer Preise zu verhindern oder ihre Erzeugung oder ihren Absatz zu beschränken."

Gemäß § 18 können die KBn gegen Verträge einschreiten, die einen Partner in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit unbillig einschränken und dadurch den Wettbewerb wesentlich beeinträchtigen. Da diese Vorschrift im einzelnen ziemlich spezielle Tatbestandsmerkmale enthält, erscheint es angezeigt, hier wohl von einem Fall der Mißbrauchsaufsicht,[1] nicht jedoch von einer Norm zu sprechen, die einen bestimmten Mißbrauchsbegriff zum Gegenstand hat.[2]

---

1) So Schwartz, Gem.-Komm. § 18 Anm. 2.

2) Sarnighausen, aaO., S. 5; a.A. Bohnhorst, aaO., Man. 5. Hauptt. III 3.

Aus dieser Reihe aufgezählter Mißbrauchsbestimmungen, aufgrund derer die KBn ausnahmsweise gebilligte oder grundsätzlich gewährte Marktstellungen von Unternehmen beschneiden können, kann man die kartellbehördliche Mißbrauchsaufsicht systematisierend in drei Gruppen einteilen.[1] Je nach dem Intensitätsgrad der von bestimmten Wirtschaftssubjekten möglicherweise geäußerten und vom GWB mißbilligten mißbräuchlichen Verhaltensweisen sieht das Gesetz bestimmte Aufsichtsregelungen vor, die den KBn mehr oder weniger starke Eingriffsbefugnisse einräumen.

An erster Stelle steht die Mißbrauchsaufsicht gegenüber Kartellen, die aufgrund einer Erlaubnis (§ 11) wirksam werden können. Hier sind die besonders interessierenden Rationalisierungskartelle zu nennen. An zweiter Stelle stehen die Wettbewerbsbeschränkungen, die allein kraft gesetzlicher Ausnahme von den generellen Verboten der §§ 1, 15 und 38 Abs. 2 Satz 2 wirksam sind (Kartelle der in § 12 genannten Art, Preisbindungen bei Markenartikeln, Spezialisierungsempfehlungen und Wettbewerbsbeschränkungen der Bereichsausnahmen gem. §§ 102 Abs. 2 und 104 Abs. 1), unter anderem also das Konditionenkartell. Schließlich sind noch die vom GWB grundsätzlich geduldeten marktbeherrschenden Unternehmen zu nennen (§ 22).

Die beiden erstgenannten Gruppen können insoweit wiederum unter einer einheitlichen Schau gesehen werden, als es sich hier um Freistellungen von grundsätzlichen Verboten der §§ 1, 15 und 38 Abs. 2 Satz 2 handelt.

---

1) Sarnighausen, aaO., S. 6 ff.

II. Die Einheitlichkeit des Mißbrauchsbegriffs

1. in der gesamten Rechtsordnung

Der Rechtssprache sind die Begriffe des Macht- und Rechtsmißbrauchs nicht fremd. Deshalb setzten die ersten Auslegungsversuche der Mißbrauchsbegriffe des GWB in der Lehre zunächst an den gesetzlich geregelten Fällen des Mißbrauchs in anderen Rechtsgebieten an, und man untersuchte, ob der von der Rechtsprechung und Lehre entwickelte Begriff für das GWB brauchbar ist oder wenigstens Anhaltspunkte für die Ausfüllung des im GWB verwendeten Begriffs bot.[1] Dabei mußte man zu der Erkenntnis gelangen, daß der Begriff, je nach dem Zusammenhang, in dem er verwendet wird, in allen Rechtsbereichen nur eine ganz unterschiedliche Bedeutung haben kann; denn die einzelnen Mißbrauchstatbestände z.B. des StGB in den §§ 48, 89, 108, 174, 175 a Ziff. 2, 176 Ziff. 2, 177 und 266 und des BGB in den §§ 825, 1353 Abs. 2, 1447 Ziff. 1 und 1666 Abs. 1 beruhen auf den unterschiedlichsten Wertmaßstäben. Die von BOHNHORST,[2] V. HAHN[3] und SARNIGHAUSEN[4] gegebenen Überblicke zeigen klar, daß es keinen einheitlichen Mißbrauchsbegriff in der gesamten Rechtsordnung gibt. Daraus folgt, daß die Auslegung der speziellen Mißbrauchstatbestände des GWB allenfalls an bestimmte Merkmale anknüpfen kann, die allen Mißbrauchstatbeständen gemeinsam sind.[5]

---

1) Bohnhorst, aaO., Man. 3. Hauptt. I; v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 15 ff.; Dörinkel, WuW 1959, S. 82; v. Hahn, BB 1959, S. 1279; Lanzenberger, WRP 1958; S. 193; Sarnighausen, aaO., S. 17 ff.

2) Bohnhorst, aaO., Man. 3. Hauptt. I.

3) v. Hahn, BB 1959, S. 1279.

4) Sarnighausen, aaO., S. 17 ff.

5) a.A. v. Hahn, BB 1959, S. 1279, der sogar die Brauchbarkeit anderer Mißbrauchstatbestände zur Auslegung eines speziellen Mißbrauchsbegriffs des GWB ablehnt.

2. im GWB

Als nächstes drängt sich die Frage auf: Kennt das GWB einen einheitlichen Mißbrauchsbegriff? Diese Frage wird von BENISCH[1], BOHNHORST[2] und LANZENBERGER[3] generell und von V. BRUNN[4] im Hinblick auf die Regelungen der §§ 12 und 22 bejaht. Nach MÜLLER-HENNEBERG[5] und V. HAHN[6] hat der Begriff je nach Sinn und Charakter der Norm, die ihn verwendet, durchaus verschiedenen Inhalt.[7][8]

Eine Mittelmeinung wird von BARTHOLOMEYCZIK[9], DÖRINKEL[10] und SARNIGHAUSEN[11] vertreten, die zwar ebenfalls davon ausgehen, daß es keinen einheitlichen Mißbrauchsbegriff gibt, trotzdem jedoch annehmen, bei der Auslegung jeder der betreffenden Vorschriften könne auf gewisse, allen Mißbrauchstatbeständen gemeinsame Gesichtspunkte zurückgegriffen werden.

---

1) Benisch, WuW 1959, S. 773.

2) Bohnhorst, aaO., Man. 6. Hauptt., Zusammenfassung.

3) Lanzenberger, DGW 1959, S. 793.

4) v. Brunn, WuW 1959, S. 140.

5) Müller-Henneberg, BB 1959, S. 139.

6) v. Hahn, BB 1959, S. 1279/80.

7) So im Ergebnis auch wohl Langen, aaO., § 22 Anm. V.

8) In einer neuerlichen Entscheidung hat das OLG Koblenz ausgesprochen, daß der Mißbrauchsbegriff für jeden Anwendungsfall des GWB besonders zu bestimmen ist; Beschl. v. 21.6.1963 ("Zeitgleiche Summenmessung"), WuW/E OLG 612 ff. (613) = WuW 1964, S. 266 ff. (267), so auch BGH in BB 1965, S. 264.

9) Bartholomeyczik, Gem.-Komm. § 22 Anm. 81.

10) Dörinkel, WuW 1959, S. 82.

11) Sarnighausen, aaO., S. 23 ff.

Dieser vermittelnden Ansicht wird zugestimmt werden müssen; denn einerseits regeln die Bestimmungen der §§ 11, 12, 17, 38 Abs. 3, 102 und 104 zum Teil recht unterschiedliche Sachverhalte, zum anderen haben sie in der Systematik des GWB ihren bestimmten Platz und sind wie alle Vorschriften eines in sich geschlossenen Gesetzgebungswerks geeignet, als Ansatzpunkte für die Auslegung des Gesetzeszweckes zu dienen.[1)]

3. in den einzelnen Sammeltatbeständen des GWB

Im Gegensatz zu den Vorschriften der §§ 17 Abs. 1 Ziff. 2 und 22 Abs. 3, die jeweils nur für bestimmte Wirtschaftssubjekte (Preisbinder bzw. marktbeherrschende Unternehmen) gelten, unterliegen den § 12 Abs. 1 alle Kartellarten, die zum Wirksamwerden keiner besonderen Erlaubnis bedürfen, der Mißbrauchsaufsicht der KBn. Es handelt sich hier also nicht um eine Bestimmung, die vom Gesetzgeber speziell für Konditionenkartelle, sondern gleichermaßen für Rabattvereinbarungen (§ 3), Normen- und Typenkartelle (§ 5 Abs. 1), für Leistungsbeschreibungs- und Preisaufgliederungsabsprachen (§ 5 Abs. 4), für Spezialisierungskartelle (§ 5a) und für reine Exportkartelle ohne Inlandswirkung (§ 6 Abs. 1) geschaffen worden ist. Das gleiche gilt für die Bestimmung des § 11 Abs. 5 Ziff. 2, der sämtliche Erlaubniskartelle und Lizenzverträge erfaßt, und die der §§ 102 Abs. 2 und 104 Abs. 1 bezüglich verschiedener Unternehmenszweige. Deshalb stellt sich die weitere Frage: Kennt das GWB in den einzelnen Mißbrauchssammeltatbeständen einen einheitlichen Mißbrauchsbegriff, der für alle von diesen Normen betroffenen Fälle gilt oder muß sogar innerhalb des Anwendungsbereiches der §§ 11, 12, 102 Abs. 2 und 104 bezüglich jedes einzelnen Wirtschaftssubjektes der Mißbrauchsbegriff gesondert ausgelegt werden?

Die richtige Antwort wird ähnlich zu lauten haben wie die Antwort auf die zuvor aufgeworfene Frage, bei der es sich um

---

1) s.u. S. 117 ff. (Die logisch-systematische Auslegung).

das Verhältnis der einzelnen Vorschriften zu den anderen Mißbrauchstatbeständen des Gesetzes handelte.

Der Mißbrauchsbegriff kann und muß für jeden Einzelfall gesondert, jedoch unter Berücksichtigung typischer Gemeinsamkeiten bestimmt werden; denn schließlich sind alle von §§ 11, 12, 102 Abs. 2 und 104 Abs. 1 betroffenen Fälle vom Gesetzgeber aus besonderen evtl. voneinander unabhängigen Gründen der Mißbrauchsaufsicht unterstellt worden.

Das bedeutet z.B. für Konditionenkartelle, daß jede kartellbehördliche Einflußnahme nach § 12 auf gemeinschaftlich festgelegte AGB von dem materiellen Gehalt eines speziell auf Konditionenkartelle zugeschnittenen Mißbrauchsbegriffs abhängig ist und daß allenfalls in bestimmten Grenzen eine generalisierende Betrachtungsweise dieses Begriffes des "Mißbrauchs der durch die Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt" in Frage kommen kann.

Aus diesen Gründen ist es entgegen der Meinung V. BRUNNs nicht verwunderlich,[1] wenn das BKA den Mißbrauch allgemein, d.h. im weiten Sinne des gesamten GWB oder - weil es zu dieser Begriffserläuterung im Rahmen des § 12 gelangt ist[2] - zumindest im allgemeinen Sinne des § 12 als einen sittlich indifferenten, objektiv fehlerhaften Gebrauch definiert. Eine schärfere Formulierung wird sich höchstens für einen bestimmten Mißbrauchsbegriff finden lassen, der z.B. der Beurteilung nur eines Rationalisierungskartells gem. § 11 Abs. 5 Ziff. 2 oder eines Typisierungskartells gem. § 12 im Zeichen der Mißbrauchsaufsicht zugrunde gelegt werden muß.

---

1) v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 24.

2) Widerspruchsbegründung des BKA - Beschl. des BKA v. 30.12.1959 - 1. Beschl.-Abt. - ("Röhrenhersteller"), WuW/E BKartA 119 ff. (129) = WuW 1960, S. 209 ff. (219).

Trotz dieser hier vertretenen Theorie vom besonderen Mißbrauchsbegriff bleibt es nicht ausgeschlossen, daß bestimmte Sachverhalte generell als mißbräuchlich betrachtet werden müssen und daß die KBn deshalb in der Lage sind, allgemeine Mißbrauchsgrundsätze zu entwickeln.[1)]

Weiterhin bedarf es hier noch des Hinweises, daß die KBn die ihnen zur Entscheidung vorliegenden Sachverhalte nicht schematisch zu beurteilen, sondern nach Maßgabe der in Frage kommenden Bestimmungen alle Umstände des Einzelfalles zu prüfen haben. Das ist zwar nur in § 22 Abs. 3 a.F. für die Mißbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen und in § 17 Abs. 1 Satz 2 für die Mißbrauchsaufsicht gegenüber preisbindenden Unternehmen ausdrücklich festgelegt, muß aber wegen der Gleichheit der Interessenlage auch bei der Prüfung anderer Mißbrauchsfälle gelten.

III. Kriterien der Mißbrauchsbegriffe anderer Rechtsgebiete als Anknüpfungspunkte für die Analyse des kartellrechtlichen Mißbrauchsbegriffs in § 12 Abs. 1 Ziff. 1

1. Gemeinsame Kriterien des "Mißbrauchs" im privaten und öffentlichen Recht

Als mögliche Anknüpfungspunkte bei der Analyse und Ausfüllung der kartellrechtlichen Mißbrauchsbegriffe könnten gemeinsame Wesensmerkmale der im früheren Recht und in der geltenden Rechtsordnung bereits vorhandenen Mißbrauchsnormen dienen.

---

1) So hat z.B. das BKA stets dann einen Mißbrauch angenommen, wenn die Mitglieder eines beabsichtigten Kartells als Rechtsträger einen Wirtschafts- oder Berufsverband wählten. Vgl. Beschl. des BKA vom 1.8.1958 - 1. Beschl.-Abt. - ("Tempergußfittings") WuW/E BKartA 8 ff. (10) = WuW 1958, S. 634 ff. (636); Bekanntmachung Nr. 9/58 betr. Verwaltungsgrundsätze des BKA v. 23.5.1958, BAnz. Nr. 107 v. 7.6.1958 = WuW 1958, S. 447 = WRP 1958, S. 176 (hier allerdings nur als Empfehlung ausgesprochen (I, Ziff. 4)).

Die Prüfung aller in Frage kommenden privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Vorschriften auf der Suche nach einheitlichen Begriffsgrundlagen kann jedoch in Anbetracht der gründlichen und ausführlichen Darlegungen SARNIGHAUSENs unterbleiben.[1)]

Bei einer großen Anzahl privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Mißbrauchsbestimmungen ergeben sich drei fundamentale Übereinstimmungen, die nachfolgend in Übereinstimmung mit SARNIGHAUSEN[2)] aufgezeigt werden sollen.

Da Mißbrauch denknotwendig die Kehrseite eines rechten Gebrauchs durch ein bestimmtes Subjekt ist, der rechte Gebrauch unter bestimmten Voraussetzungen also in Mißbrauch umschlägt, setzt jegliche Form eines Mißbrauchs ein Mißbrauchsobjekt voraus. Nur das, was Objekt eines Gebrauchs sein kann, kann Objekt eines Mißbrauchs sein. Das Objekt aller im positiven Recht enthaltenen Mißbrauchsnormen ist eine Position, die die Rechtsordnung einzelnen Rechtssubjekten verleiht oder grundsätzlich uneingeschränkt zugesteht.

Ob im einzelnen die Position als Befugnis, Ermächtigung, Ermessen oder Stellung im Beruf, Betrieb, in der Familie oder im Markt oder sogar ausdrücklich als Recht bezeichnet wird, immer handelt es sich bei den mehr oder minder starken Machtstellungen eines Subjekts um eine Überlegenheitsposition, die entweder vom Recht ausdrücklich verliehen worden ist und deshalb als Machtposition kraft Rechts bezeichnet werden kann oder die von unserer Rechtsordnung als Position tatsächlicher Macht zugestanden und solange geduldet wird, wie der oder die Inhaber der tatsächlichen Machtposition von dem grundgesetz-

---

1) Insoweit wird verwiesen auf Sarnighausen, aaO., S. 17 ff.; vgl. außerdem Bohnhorst, aaO., Man., 3. Hauptt. I.

2) Sarnighausen, aaO., S. 24 ff.

lich zugestandenen Recht auf Handlungsfreiheit im Rahmen der Rechtsordnung Gebrauch machen.[1]

Objekte jeglichen Mißbrauchs können demnach sowohl Rechtspositionen als auch vom Recht grundsätzlich anerkannte Positionen tatsächlicher Macht sein. Es kann also festgestellt werden, daß alle rechtlich mißbrauchstauglichen Gebrauchsobjekte den Anforderungen auf Vereinbarkeit mit unserer Rechtsordnung standhalten müssen.

Entsprechend der sprachlichen Bedeutung der Vorsilbe - miß - ist allen Mißbrauchsfällen ihre negative Ausrichtung gemeinsam. Sei es, daß der Gebrauch einer Rechts- oder Machtposition nicht gebilligt, untersagt oder unter Strafe gestellt ist, immer handelt es sich um ein Fehlverhalten, das die Rechtsordnung in irgendeiner Weise nicht duldet.

Eine dritte Gemeinsamkeit aller privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Mißbrauchsnormen besteht darin, daß jeglicher Mißbrauch ein Gebrauch ist, der durch die gewährte Rechtsposition materiell nicht gedeckt ist, obwohl er sich formell in deren Rahmen bewegt.[2] Die von SIEBERT gewonnene Erkenntnis von der Relativität eines Rechts,[3] wonach jede Rechtsstellung ihre durch sittliche Rechtsidee, Funktion und Interessenlage bestimmten Geltungsgrenzen in sich trägt,[4] und somit der Rechtsmißbrauch letztlich nichts anderes ist als eine scheinbare Rechtsausübung, ein Handeln ohne Recht[5] ist zwar nur von dogmatischer Bedeutung.[6] In diesem Zusammen-

---

1) So auch Christl, BB 1960, S. 297.

2) Sarnighausen, aaO., S. 25.

3) Siebert, Verwirkung und Rechtsmißbrauch, S. 89.

4) Soergel-Siebert, aaO., § 242 Anm. 115.

5) Siebert, Verwirkung und Rechtsmißbrauch, S. 99.

6) Staudinger-Coing, aaO., § 226 Anm. 1 c.

hang ergeben sich aber aus ihr insofern praktische Konsequenzen, als keinesfalls ein Rechtsmißbrauch möglich ist, wenn Handlungen schon formell den Bereich bestimmter Rechtspositionen überschreiten.[1)2)] Immer, wenn die materielle und formelle Unzulässigkeit der "Rechts"-Ausübung zusammenfallen, kann ein Mißbrauch nicht vorliegen,[3)] so daß die für alle Mißbrauchsfälle in der Rechtsordnung geltende Regel aufgestellt werden kann: "Mißbrauch ist der Gebrauch einer Rechtsposition, der zwar formell zulässig, aber infolge seiner negativen Ausrichtung materiell unzulässig ist."[4)]

2. Unterschiedliche Mißbrauchskriterien

Neben den gemeinsamen Mißbrauchskriterien in den privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Mißbrauchsbestimmungen bestehen im einzelnen jedoch solche Differenzierungen, die sich naturgemäß aus den unterschiedlichen Gegenständen des jeweilig mißbilligten Gebrauchs ergeben.

Als solche können im einzelnen z.B. genannt werden:[5)] Schädigungsabsicht (§ 226 BGB), Gefährlichkeit (§§ 1447 Ziff. 1 und 1666 Abs. 1 Satz 1 BGB), Sozialwidrigkeit (§ 7 Abs. 1 Satz 3 KSchG), Treuwidrigkeit (§§ 242 BGB und 266 StGB 2. Altern.), Sittenwidrigkeit (§ 826 BGB) und Sinn- und Zweckwidrigkeit (Art. 18 GG, §§ 32 WStG, 266 1. Altern. StGB, 42 1 StGB) usw.

---

1) Besonders klar tritt im Verwaltungsrecht der Unterschied zwischen Mißbrauch und Überschreitung in der Lehre vom Ermessensmißbrauch hervor. - Gegenüberstellung von "innerem" Ermessensfehler und "äußerer" Ermessensüberschreitung - Dazu vgl. Fachinger, NJW 1949, S. 245.

2) Den grundsätzlichen Unterschied zwischen Mißbrauch und Rechtsüberschreitung betont auch Bohnhorst, aaO., Man., 4. Hauptt., VI 2.

3) Als Beispiel möge Art. 8 Abs. 1 GG dienen, wonach alle Deutschen das Recht haben, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Es liegt kein Mißbrauch des Grundrechts der Versammlungsfreiheit, sondern eine unzulässige Überschreitung vor, wenn eine Versammlung unter Waffen stattfindet.

4) Sarnighausen, aaO., S. 27.

5) Nach Sarnighausen, aaO., S. 17 ff. und S. 28.

IV. Bedeutung bestimmter Mißbrauchskriterien für eine wirksame AGB-Kontrolle

Die Frage, die von Wissenschaft und Praxis bei der Analyse aller Mißbrauchstatbestände des GWB in erster Linie untersucht werden, lautet: Haben die KBn schon bei Vorliegen rein objektiver Voraussetzungen Eingriffsrechte oder müssen hier subjektive Tatbestandsmerkmale, wie Fahrlässigkeit, Vorsatz oder gar Absicht, hinzutreten, die einen Schuldvorwurf beinhalten?

Soweit der Mißbrauchstatbestand des § 12 als Ermächtigungsgrundlage für kartellbehördliche Eingriffsbefugnisse gegenüber Konditionenkartellen zu analysieren ist, steht bei den Auslegungsversuchen die weitere Frage im Vordergrund: Kommen zur Erfüllung des Mißbrauchstatbestandes gem. § 12 etwa ausschließlich die vom RG entwickelten und auch vom BGH vertretenen Grundsätze über den Monopolmißbrauch in Betracht, deren subjektive Voraussetzungen zwar nichts mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu tun haben, so aber doch in Gestalt von "eigensüchtigen Beweggründen"[1] vorliegen müssen?

1. Subjektive Begriffsmerkmale als Kontrollhindernis

Sollte sich bei der Analyse des Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 herausstellen, daß diesem gewisse subjektive Merkmale, sei es Vorsatz, Fahrlässigkeit, Kenntnis, fahrlässige Unkenntnis oder sogar Schädigungsabsicht innewohnen, dann wäre diese Vorschrift von vornherein völlig ungeeignet, als wirksame Kontrollnorm für die Inhaltsgestaltung von AGB zu dienen. Jeder Eingriff hätte zur Voraussetzung, daß dem Konditionenkartell von den KBn Verschulden bei der Aufstellung bzw. Anwendung ihrer kartellmäßig festgestellten AGB nachgewiesen werden müßte; das dürfte den Behörden jedoch nur in den seltensten Fällen gelingen. Aus diesen Gründen ist es notwendig, bei der

1) BGH in DB 1959, S. 761 = WuW/E BGH 325 = WuW 1960, S. 49.

nachfolgenden Untersuchung der Kriterien insbesondere zu prüfen, ob subjektive Wesensmerkmale zum Mißbrauchsbegriff gehören.

2. Einschränkung der AGB-Kontrolle bei Gleichsetzung von Sittenwidrigkeit und Mißbrauch

Da es sich beim Monopolmißbrauch um den Mißbrauch einer wirtschaftlichen Machtstellung handelt, ist es naheliegend, bei der Auslegung des Mißbrauchstatbestandes des § 12 Abs. 1 im Zusammenhang mit der Anwendung von AGB auf die Ergebnisse der in Jahrzehnten gesammelten Erfahrung der Rechtsprechung auf dem Gebiete des Monopolmißbrauchs zurückzugreifen. Sollte sich herausstellen, daß die Elemente des Monopolmißbrauchs und somit das Kriterium der Sittenwidrigkeit neben mehreren anderen zu den Wesensmerkmalen des Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 zählen, würde diese Konnexität die oben aufgezeigte Tragweite für eine kartellbehördliche AGB-Kontrolle nicht unbedingt schmälern.[1)] Wenn sich jedoch eine Identität der Sittenwidrigkeit mit dem gesamten Begriffsinhalt des Mißbrauchs in § 12 Abs. 1 ergeben würde, dann brächte diese Ermächtigungsvorschrift im Kampf gegen unlautere AGB insofern kaum einen Fortschritt, als lediglich der schon in der Rechtsprechung vornehmlich angelegte Inhaltsbegrenzungsmaßstab herangezogen werden könnte.

---

1) s.o. S.77 ff.

V. Die Auslegung des Begriffs "Mißbrauch der durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt" gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit der Aufstellung und Anwendung unbilliger AGB

Bei der nachfolgenden Analyse des Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 im Hinblick auf Konditionenkartelle soll die übliche Auslegungsmethode[1] angewandt werden, wonach neben dem Gesetzeswortlaut und dem Sprachgebrauch objektiv der Sinn und Zweck der den Begriff verwendenden Vorschrift unter Berücksichtigung der Grundkonzeption des gesamten Normenwerkes und dessen historischer Entwicklung im Vordergrund zu stehen hat.[2] Damit werden also folgende Teiluntersuchungen erforderlich: 1. die philologisch-grammatikalische, 2. die historische, 3. die logisch-systematische und 4. die teleologische Auslegung.

Innerhalb jeder Teilanalyse soll auf der Suche nach solchen Mißbrauchskriterien, die den KBn eine wirksame Handhabe gegen die kartellmäßige Festlegung unangemessener AGB bieten könnte, stets gesondert geprüft werden, ob der Mißbrauchsbegriff subjektive Elemente und das Kriterium der Sittenwidrigkeit enthält.

1. Die philologisch-grammatikalische Auslegung

Bei der vom Wortsinn des Tatbestandsmerkmals "Mißbrauch der durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt" ausgehenden Auslegung kann zunächst festgestellt werden, daß hierin die gemeinsamen Wesensmerkmale privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Mißbrauchsnormen ebenfalls enthalten sind.[3]

Mit den Worten "der durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt" wird das Mißbrauchsobjekt, der Gebrauchs-

1) Siebert, Gesetzesauslegung.
2) Enn.-Nipperdey, aaO., § 56.
3) s.o. S. 94 ff.

gegenstand umschrieben, dessen Gebrauch unter gewissen Voraussetzungen in einen Mißbrauch umschlagen kann. Ohne auf die nähere Untersuchung aller Qualifikationen des Gebrauchsgegenstandes einzugehen - was in diesem Stadium der philologisch-grammatikalischen Auslegung auch fehl am Platze wäre - kann schon gesagt werden, daß es sich bei der Freistellung von § 1 um eine besondere Rechtsposition handelt; denn durch die Freistellung erhalten die Konditionenkartelle aufgrund der Sondervorschrift des § 2 - also kraft Rechts - eine Position, die ihnen vom GWB bei alleiniger Existenz des § 1 nicht zugestanden worden wäre. Der Gebrauchsgegenstand der Mißbrauchsnorm in § 12 Abs. 1 ist infolgedessen dasjenige, was § 1 den an einer Konditionenkartellabsprache beteiligten Unternehmen generell nimmt, jedoch mit der Sondervorschrift des § 2 zurückgewährt. Gem. § 12 Abs. 1 kann also nichts anderes mißbraucht werden, als eine Position, die die Rechtsordnung gewährt und somit eine Machtstellung infolge Rechtsverleihung darstellt. Die den Konditionenkartellen eingeräumte Macht kann keineswegs als ein rechtloser faktischer Zustand verstanden werden; vielmehr verdeutlicht der Begriff "Macht" lediglich die Auswirkungen der Rechtsposition zugunsten ihres Inhabers und zulasten anderer. Macht bedeutet hier Überlegenheit kraft Rechtes.[1] Ein Mißbrauch der durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung kann deshalb schlechthin als eine bestimmte Art des Rechtsmißbrauchs bezeichnet werden.[2]

Aus dem Wortsinn des Wortes "Mißbrauch" kann weiterhin geschlossen werden, daß auch dem Begriff des § 12 Abs. 1 das zweite, anderen Mißbrauchsnormen gemeinsame Merkmal der negativen Ausrichtung des Gebrauchs anhaftet, denn mit der Vorsilbe - miß - wird ausgedrückt, daß das GWB den Gebrauch der Rechtsposition in einer gewissen Art und Weise nicht dulden will.

---

1) Sarnighausen, aaO., S. 24.

2) Bohnhorst, aaO., Man., 4. Hauptt. I.

Schließlich geht noch aus dem Wortsinn der Bestimmung des § 12 Abs. 1 hervor, daß der GWB-Gesetzgeber, indem er sich der Bezeichnung "Freistellung" bedient, seine Mißbilligung über schon formell unzulässige Konditionenkartelle nicht durch die Mißbrauchsnorm ausdrückt; denn bei formeller Unzulässigkeit eines Konditionenkartells kann es sich begrifflich überhaupt nicht um eine Freistellung handeln. Das mindeste, was man in § 12 Abs. 1 mit einer Freistellung i.S. des § 2 bezeichnen könnte, ist ein wenigstens formell zulässiges Konditionenkartell, weil es sich sonst nicht mehr um ein solches, sondern um ein aliud, eine Rechtsüberschreitung, handeln würde. In § 12 Abs. 1 soll also etwas bekämpft werden, was zumindest wegen des Vorhandenseins formeller Wirksamkeitserfordernisse gem. § 2 als Konditionenkartell bezeichnet werden kann.

Eine am Wortlaut des § 12 Abs. 1 orientierte Untersuchung des Mißbrauchstatbestandes vermag keinen Aufschluß darüber zu geben, ob dem Mißbrauchsbegriff subjektive Elemente immanent sind.

Wenn DICHGANS glaubt, Mißbrauch sei stets ein verbotener Gebrauch,[1] so kann dieser Schluß nicht allein aus dem allgemeinen Sprachgebrauch und dem Wortsinn gezogen werden. Mit dem Hinweis darauf, daß die Vorsilbe - miß - nicht unbedingt etwas Verbotenes bedeuten müsse, sondern auch lediglich die Negation des Stammwortes ausdrücken könne, weil sich z.B. die Wörter "Mißjahr", "Mißgriff", "Mißernte" und "Mißweisung" anders nicht erklären ließen, wendet sich zu Recht schon DÖRINKEL gegen diese Ansicht.[2] Die von SARNIGHAUSEN vorgenommene Prüfung der Verwendung des Mißbrauchsbegriffs in der Sprache des früheren und geltenden Rechts außerhalb des GWB[3] erübrigen ein näheres Eingehen auf die einzelnen Literatur-

1) Dichgans, WuW 1958, S. 659.
2) Dörinkel, WuW 1959, S. 81/82.
3) Sarnighausen, aaO., S. 9 ff. und S. 17 ff.

meinungen zu dieser Streitfrage,[1] da von ihm überzeugend dargelegt wird, daß ein Zurückgreifen auf den Wortsinn anderer Mißbrauchsbegriffe wegen ihrer speziellen Differenzierungen zu keinem einheitlichen Ergebnis führen kann.[2]

Aber auch für die Beantwortung der Frage, ob Mißbrauch im Sinne des § 12 im Zusammenhang mit § 2 einen Sittenverstoß verlangt, kann eine reine Wortinterpretation keinen Aufschluß gewähren. Die Begriffe Mißbrauch und Sittenwidrigkeit haben in unserer Sprache keinen auch nur teilweise bedeutungsgleichen Gehalt, und diejenigen Normen, in denen Sittenverstöße geregelt sind (§§ 138, 226 und 826 BGB), verzichten auf die Verwendung der Wörter "Mißbrauch", "mißbrauchen" oder "mißbräuchlich".

2. Die historische Auslegung

a) "Mißbrauch" in der KVO

Die heutige Mißbrauchsgesetzgebung auf dem Gebiete der Konditionenkartelle gem. § 12 Abs. 1 hat eine Vorgängerin im Recht der KVO.[3] Dort findet sich der Begriff des Mißbrauchs in der Überschrift des Gesetzes: "Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen."

Nach Ansicht V. HAHNs[4] diente der lediglich in der Gesetzesüberschrift verwendete Begriff nicht dazu, bestimmte Tatbestände zu umgrenzen oder systematisch einzuordnen, sondern sollte nur eine politische Zielsetzung zum Ausdruck bringen. Deshalb glaubt V. HAHN, der sich in seinen Untersuchungen auf

1) Im einzelnen vgl. Dichgans, WuW 1958, S. 658; Dörinkel, WuW 1959, S. 81 f.; v. Hahn, BB 1959, S. 1280; Schütz, NJW 1959, S. 1850.

2) Sarnighausen, aaO., S. 27/28, ebenso Bohnhorst, aaO., Man., 3. Hauptt. I.

3) V. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 18

4) V. Hahn, BB 1959, S. 1280.

die mit der Mißbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen zusammenhängenden Fragen beschränkt, keine Rückschlüsse aus einem Vergleich mit der KVO für die Auslegung des § 22 ziehen zu können.

Diese Auffassung wird jedoch von DÖRINKEL, SCHÜTZ und MÜLLER-HENNEBERG zu Recht nicht geteilt,[1] denn obwohl sich die KVO hinsichtlich der volkswirtschaftlichen Ausgangsvorstellung, der Intensität und der Methodik der Abwehr mißbilligter Wirtschaftsvorgänge sowie der Gesetzessystematik recht erheblich vom GWB unterscheidet (z.B. Verbotsprinzip im GWB - Mißbrauchprinzip in der KVO), weisen doch beide Gesetze in einzelnen Abschnitten gewisse nach Sinn und Systematik übereinstimmende Teile auf. Gerade auf dem Gebiete der in § 12 aufgezählten Kartellarten ergeben sich insofern Gemeinsamkeiten, als diese nach §§ 2, 3, 5 Abs. 1 und 4, 5a und § 6 Abs. 1 ohne ausdrückliche Erlaubniserteilung wirksam werden können und deshalb nicht dem Verbotsprinzip, sondern allein dem auch der KVO zugrunde liegenden Mißbrauchsprinzip unterliegen.

Da also eine innere Verwandtschaft des GWB mit der KVO, besonders im Hinblick auf erlaubnisfreie Kartelle, wie die Konditionenkartelle, nicht zu bestreiten ist, ist es durchaus zulässig, Regelungen der KVO zur Auslegung des Mißbrauchsbegriffs des GWB heranzuziehen.

---

1) Dörinkel, WuW 1959, S. 82 ff.; Schütz, NJW 1958, S. 1849; Müller-Henneberg, BB 1959, S. 139.

aa) Subjektive Begriffselemente

Für das Recht der Konditionenkartelle interessieren besonders die Bestimmungen der §§ 4 und 10 KVO.[1] Diese Ermächtigungs-

---

1) § 4 KVO, die grundlegende Vorschrift über Befugnisse gegenüber Mißbräuchen bei Kartellen, in der Fassung der KNVO und des Gesetzes über die Änderung über die KVO vom 15.7.1933 - RGBl. Nr. 82, S. 487 - und vom 5.9.1934 - RGBl. S. 823 - lautet: "Gefährdet ein Vertrag oder Beschluß der in § 1 bezeichneten Art oder eine bestimmte Art seiner Durchführung die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl, so kann der Reichswirtschaftsminister
   1. den Vertrag oder Beschluß ganz oder teilweise für nichtig erklären oder die bestimmte Art seiner Durchführung untersagen;
   2. anordnen, daß jeder an dem Vertrage oder Beschlusse Beteiligte jederzeit fristlos den Vertrag kündigen oder von dem Beschlusse zurücktreten kann;
   3. anordnen, daß ihm Abschrift aller zur Durchführung des Vertrages oder Beschlusses getroffenen Vereinbarungen und Verfügungen einzureichen ist und daß diese Maßnahmen erst nach Zugang der Abschrift in Kraft treten.

   Die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl ist insbesondere dann als gefährdet anzusehen, wenn in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise die Erzeugung oder der Absatz eingeschränkt, die Preise gesteigert oder hochgehalten oder im Falle wertbeständiger Preisstellung Zuschläge für Wagnisse (Risiken) eingerechnet werden oder wenn die wirtschaftliche Freiheit durch Sperren im Einkauf oder Verkauf oder durch Festsetzung unterschiedlicher Preise oder Bedingungen unbillig beeinträchtigt wird."
   § 10 Abs. 1 KVO hat folgenden Wortlaut:
   "Sind Geschäftsbedingungen oder Arten der Preisfestsetzungen von Zusammenschlüssen solcher (Trusts, Interessengemeinschaften, Syndikaten, Kartellen, Konventionen und ähnlichen Verbindungen) geeignet, unter Ausnützung einer wirtschaftlichen Machtstellung die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl zu gefährden (§ 4 Abs. 2), so kann das Kartellgericht auf Antrag des Reichswirtschaftsministers allgemein aussprechen, daß die benachteiligten Vertragsteile von allen Verträgen, die unter den beanstandeten Voraussetzungen abgeschlossen sind, zurücktreten können. Ist anzunehmen, daß der Vertrag auch ohne die beanstandete Voraussetzung abgeschlossen worden wäre, so berechtigt die Entscheidung des Kartellgerichts nur zum Rücktritt von der beanstandeten Geschäftsbedingung oder von der auf Grund der beanstandeten Art der Preisfestsetzung getroffenen Preisvereinbarung."

grundlagen für hoheitliche Eingriffe in private Verträge knüpften lediglich an objektive Voraussetzungen an. Der Reichswirtschaftsminister oder die Kartellgerichte waren nicht durch den Nachweis subjektiver Kriterien in ihren Entscheidungsbefugnissen beschränkt. Die §§ 4 und 10 KVO sind Mit § 10 II 17 ALR (später § 14 PVG vom 1.6.1931) verglichen worden,[1)2)] weil sie den Begriff "Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls" besonders stark hervorheben, welcher als Mittelpunkt der KVO angesehen wurde.[3)4)]

ISAY entwickelte auf der Grundlage dieses Zentralbegriffs die Lehre von der Kartellpolizei,[5)] deren Aufgabe in der Abwehr bestimmter Gefahren bestand. Den polizeirechtlichen Grundsätzen der Gefahrenabwehr aber entspricht es, daß behördliche Entscheidungen ohne Rücksicht auf Verschulden oder sonstige subjektive Erfordernisse getroffen werden können. Die zuständigen Behörden konnten deshalb nach der KVO beim Vorliegen rein objektiver Voraussetzungen ihre Maßnahmen treffen.[6)] Das galt sowohl für die Regelung des § 4 KVO als auch für die des § 10 KVO, wonach das Kartellgericht zu entscheiden hatte, ob Kartelle, Trusts oder dergleichen, aber auch Einzelunternehmen ihren Partnern unter Ausnützung einer

---

1) Müllensiefen-Dörinkel, aaO., VI 2 zu § 4.

2) § 10 II 17 ALR lautet:
"Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung und zur Abwendung der dem Publikum oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizei."

Zur Geschichte des Kartellrechts vgl. Isay, Geschichte; Vogel, JZ 1958, S. 111 ff.; eine eingehende rechtsgeschichtliche Darstellung über die Mißbrauchsbekämpfung gibt Dörinkel, WuW 1959, S. 82 ff.

3) Isay, Geschichte, S. 41.

4) Nicht allein in den §§ 4 und 10 KVO, sondern auch in § 9 KVO ist von "Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls" die Rede.

5) Isay/Tschierschky, aaO., Einl. III, S. 99 ff.

6) Callmann, Komm., Anm. 8 zu §§ 4 - 7; Dörinkel, WuW 1959, S. 85; Schütz, NJW 1958, S. 1849 mit weiteren Nachweisen.

wirtschaftlichen Machtstellung GB aufgezwungen hatten, die eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls bedeuteten.

Wenn auch § 10 KVO in keinem Fall als Grundlage für einen Eingriff gegen angewendete AGB gedient hat,[1] hätte eine Entscheidung darüber, ob diese die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährdeten, nur nach objektiven Gesichtspunkten erfolgen können.[2]

Aus einer historischen Betrachtung der KVO ergibt sich also, daß nicht zu übersehende Argumente für eine objektive Auslegung der im GWB verwendeten Mißbrauchsbegriffe einschließlich des Begriffs der mißbräuchlichen Ausnützung der durch eine Konditionenkartellabsprache erlangten Machtstellung sprechen.

bb) Die objektiven Kriterien

Gleichzeitig gewährt eine Prüfung der Grundkonzeption der KVO einige Aufschlüsse über die ebenfalls zu klärende Frage nach den Maßstäben, die zur Erfüllung des Mißbrauchstatbestandes an die objektive Tatseite angelegt werden müssen: Nach der KVO waren die Behörden zu hoheitlichen Eingriffen befugt, wenn die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl im Sinne des § 4 Abs. 2 KVO durch Kartelle, Syndikate, Konventionen u.ä. (§ 1 KVO) oder durch Einzelunternehmen unter Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung (§ 10 KVO) beim Abschluß von Verträgen und Beschlüssen gefährdet wurden.

Die Begriffe "Gesamtwirtschaft" und "Gemeinwohl" sind inhaltlich sehr schwierig festzulegen oder zu umgrenzen. Auch hier

---

1) v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 18.

2) Callmann, Komm., § 10 Anm. 23; Haußmann-Hollaender, aaO., § 10 Anm. 4; Hempfling, aaO., S. 151; Kullmann, KartRundsch. 1929, S. 518; Lehnich-Fischer, aaO., § 10 Anm. 1 c); a.A. Isay, aaO., § 10 Anm. 18; Friedländer, aaO., § 10 Anm. II 3 b); Goldbaum, aaO., § 10 Anm. XI.

handelt es sich - ebenso wie beim Mißbrauch - um unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Inhalte unbestimmt, d.h. nicht durch die Sprache fest umrissen sind, sondern erst durch Auslegung ermittelt werden müssen.[1] Nach Inkrafttreten der KVO ist deshalb an der Einführung der Begriffe scharfe Kritik geübt worden. LIEFMANN nennt sie "bloße Phrasen, unter denen jeder etwas anderes versteht".[2] Das Kartellgericht brauchte sich in den zu § 4 ergangenen Entscheidungen nicht mit diesen Fragen der Auslegung zu beschäftigen, so daß zur inhaltlichen Abgrenzung im wesentlichen nur auf die in der KVO (§ 4 Abs. 2) selbst genannten Beispiele zurückgegriffen werden konnte. Bei diesen vier Tatbeständen war davon auszugehen, daß es sich um eine konkrete Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls im Sinne der KVO handeln mußte.[3]

cc) Merkmale der Sittenwidrigkeit

Mit der Beantwortung der Frage nach den objektiven Bewertungsmaßstäben für die nach der KVO relevanten Mißbrauchstatbestände ist gleichzeitig festgestellt, daß im Zusammenhang mit der Anwendung von AGB nach dem damalig geltenden Kartellrecht kein Raum für eine Auslegung des Mißbrauchsbegriffs ausschließlich im Sinne des von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatzes über den Monopolmißbrauch blieb. Es soll jedoch darüber hinaus kurz die Argumentation der damals herrschenden Lehre aufgezeigt werden: Verträge oder Beschlüsse, die aus zivilrechtlichen Gründen nichtig waren, konnten "naturgemäß" nicht unter die Regelungen der §§ 4 bzw. 10 KVO fallen. Das galt vor allem für Verträge und Beschlüsse i.S. des § 4 KVO, da sie nicht Gegenstand einer kartellbehördlichen Anordnung sein konnten, die auf ihre Vernichtung ausging.[4] Aber auch für

1) Näheres zur Auslegung dieser Begriffe s.u. S. 146 ff.

2) Liefmann, Kartelle, Konzerne, Trusts, 8. Aufl., S. 245.

3) Müllensiefen-Dörinkel, aaO., Anm. VI 2 b zu § 4.

4) Callmann, aaO., §§ 4 - 7, Anm. 4; Müllensiefen-Dörinkel, aaO., VI, 5 zu § 4.

die Anwendung des § 10 KVO war kein Raum, wenn die zu beanstandenden Verträge etwa wegen Verstoßes gegen die guten Sitten schon nichtig waren.[1)]

dd) Zusammenfassung

Als Ergebnis der historischen Betrachtung der Rechtslage, wie sie zur Zeit der Geltung der KVO bis zum Jahre 1933 und teilweise bis zur Verkündung des "Vierjahresplanes" im Jahre 1936 bestand - die Periode der darauf einsetzenden Planwirtschaft, in der gelegentlich auch Kartelle, insbes. Zwangskartelle[2)] als Mittel staatlicher Lenkung benutzt wurden, ist für hier interessierende Fragen unergiebig - kann zusammenfassend festgestellt werden, daß die Grundkonzeption der KVO, die eine Entwicklungsstufe zum GWB darstellte,[3)] von einem objektiven Mißbrauchsbegriff ausging, dessen Bedeutungsgehalt - soweit sich der Mißbrauch auf die kartellgebundene Anwendung von AGB bezog, - nicht allein an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Monopolmißbrauch anknüpfte. Als Bewertungsmaßstab kamen lediglich die Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls im Sinne des § 4 Abs. 2 KVO in Betracht.

b) "Mißbrauch" im alliierten Dekartellierungsrecht

Die von den alliierten Besatzungsmächten erlassenen Dekartellierungsgesetze[4)] bauten nicht auf der Tradition der

---

1) Callmann, aaO., § 10 Anm. 2 und 11; Eger, Recht der Dt. Kartelle 1932, S. 76 Anm. 2); Kullmann, Die KVO und der Verstoß gegen die guten Sitten, Gießener Diss. 1929, S. 58 ff.; Lehnich-Fischer, aaO., § 10 Anm. 2; Müllensiefen-Dörinkel, aaO., VI, 14 zu § 10.

2) Aufgrund des Zwangskartellgesetzes v. 15.7.1933 - RGBl. I, S. 488.

3) Schütz, NJW 1958, S. 1849.

4) Für die US-Zone das MRG Nr. 56, für die britische Zone die MRVO Nr. 78, für die französische Zone Gesetz Nr. 96 des Militärbefehlshabers der franz. Besatzungszone; Texte bei Rowedder, Kartellrecht, 1954.

Jahre 1923 - 1933 auf. Als Vorbild des Dekartellierungsrechts diente vielmehr das amerikanische Antitrustrecht,[1] so daß man von einer "Rezeption des amerikanischen Rechts" sprechen konnte.[2] Bei den Dekartellierungsgesetzen handelte es sich um reine Verbotsgesetze, die sich in das deutsche Rechtssystem, insbesondere unser Zivil- und Verwaltungsrecht, nicht einordnen ließen.[3] Im Zeichen der Herrschaft dieses generellen Verbotsprinzips blieb für Mißbrauchserwägungen kein Raum. Ein historischer Auslegungsversuch des im GWB verwendeten Mißbrauchsbegriffs anhand des Dekartellierungsrechts muß infolgedessen ebenso unergiebig sein, wie anhand des unter der nationalsozialistischen Herrschaft geltenden Kartellrechts.[4]

c) "Mißbrauch" in den Materialien des GWB

Die Materialien des GWB, denen für Auslegungsfragen erhebliche Bedeutung zukommt, sind z.T. für den Begriff des Mißbrauchs von Machtstellungen recht aufschlußreich.[5] Der Reg.-Entw. regelte die Mißbrauchskontrolle gegenüber Kartellen, die durch Erlaubniserteilung vom generellen Kartellverbot des § 1 Reg.-Entw. freigestellt werden konnten (Strukturkrisen-, Rationalisierungs- und Außenhandelskartelle gem. §§ 2, 3 und 5 Reg.-Entw.), in §§ 6 und 7 Abs. 4 Ziff. 4 Reg.-Entw.

---

1) Vgl. im einzelnen den Überblick über das Antitrustrecht von Kaskell, Gem.-Komm., S. 80 ff. mit zahlreichen Nachweisungen.

2) Würdinger, Vorwort zu Neumeyer, Monopolmißbrauch in USA, VIII, zit. bei Baumbach-Hefermehl, aaO., Einl. 7 zum GWB.

3) Dörinkel, WuW 1959, S. 85.

4) Zur Zulässigkeit von Abreden über die Anwendung von AGB nach dem Dekartellierungsrecht, insbes. zur Anwendbarkeit der in diesem Zusammenhang interessierenden "rule of reason" vgl. Benisch, WuW 1953, S. 985 ff.; v. Brunn, Gem.-Komm., § 2 Anm. 2; Dörinkel, WuW 1952, S. 623; Gleiss, WuW 1951, S. 111; Würdinger, MDR 1952, S. 131.

5) Bezüglich der Einzelheiten zu den Gesetzgebungsarbeiten vgl. Lehnich, Wettbewerbsbeschränkung, S. 479 ff.; ders., GWB, Ergänzungsband zu Wettbewerbsbeschränkung.

Für diese Erlaubniskartelle waren gem. § 6 Reg.-Entw. die Bestimmungen betreffend marktbeherrschende Unternehmen (§ 17 Reg.-Entw.) sinngemäß anzuwenden. Die KB konnte nach § 17 Abs. 1 Ziff. 1-3 Reg.-Entw. eine "mißbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung beim Fordern von Preisen und Geschäftsbedingungen und bei Kopplungsverträgen" untersagen. § 7 Abs. 4 Ziff. 4 Reg.-Entw. sollte die KB zum Widerruf einer Erlaubnis ermächtigen, wenn das erlaubte Kartell Preise oder GB fordert, die einen Mißbrauch der durch die Erlaubnis begründeten Stellung im Markt darstellen.

Der ursprüngliche Reg.-Entw. enthielt keine Sondervorschrift zugunsten der Konditionenkartelle und somit auch keine Bestimmung, die sich mit einer diesbezüglichen Mißbrauchsaufsicht befaßte. Erst auf vielfaches Drängen der Wirtschaft wurde vom Bundesrat die Schaffung eines § 1 a Reg.-Entw. vorgeschlagen und von der Bundesregierung und dem wirtschaftspolitischen Ausschuß übernommen.[1] Der damals vorgeschlagene § 1 a Reg.-Entw. entsprach inhaltlich etwa dem § 2 Abs. 1 der endgültigen Fassung des Gesetzes. Mit der Schaffung des § 1 a Reg.-Entw. mußte nach der Systematik des Gesetzes gleichzeitig eine Bestimmung gefunden werden, die eine Mißbrauchsregelung für Konditionenkartelle enthielt; deshalb wurde in den Regierungsentwurf ein § 7 a eingefügt. Nach § 7 a Reg.-Entw. sollte die KB bestimmte Maßnahmen ergreifen können, "wenn das Kartell nach Auffassung der KB die durch Freistellung von § 1 erlangte Stellung im Markt mißbraucht." Als Begründung wurde vom Bundesrat angeführt, daß für die kraft Gesetzes erlaubten Kartelle die Möglichkeit eines Einschreitens bei Mißbrauch vorgesehen werden müßte. Die Fassung des Mißbrauchstatbestandes habe an die §§ 7 und 17 Reg.-Entw. anzuknüpfen. Mißbrauch liege insbesondere vor,

1) Langen, aaO., § 2 Anm. II; Rasch, aaO., § 2 Anm. 1; vgl. Änderungsvorschläge des Bundesrates zum Reg.-Entw. v. 21.5.1954, BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 1158 Anl. 2; Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates, BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 1158 Anl. 3.

"wenn mit Hilfe dieser Kartelle der Wettbewerb ausgeschaltet werden" solle.[1)]

Diese Begründungsformulierung ist nichtssagend, denn jedes Kartell schaltet den Wettbewerb in einem gewissen Rahmen aus. Zumindest handelt es sich bei seiner Schaffung um Wettbewerbsbeschränkungen im formellen Sinne.[2)] Wenn der Gesetzgeber bestimmte Kartellarten erlaubte, versprach er sich zwar die Erlangung bestimmter als erstrebenswert angesehener Ziele, nahm jedoch dafür gerade die Ausschaltung des Wettbewerbs bezüglich bestimmter Marktbereiche in Kauf. Die Begründungsformulierung "wenn ... der Wettbewerb ausgeschaltet werden solle" scheint jedoch darauf hinzudeuten, daß der Bundesrat das Vorliegen subjektiver Tatbestandsmerkmale als Voraussetzung einer kartellbehördlichen Eingriffsbefugnis ansah, indem er sogar die Absicht der Kartellmitglieder, den Wettbewerb auszuschalten, für erforderlich hielt. Dagegen spricht auch nicht die Ansicht des Bundesrats, daß die Fassung des § 7 a Reg.-Entw. an die Mißbrauchstatbestände der §§ 7 und 17 Reg.-Entw. anzuknüpfen habe, denn die Begründung sowohl zum Reg.-Entw. als auch zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrats betreffend die Mißbrauchsregelungen der §§ 7 und 17 Reg.-Entw. sind in dieser Hinsicht wenig aufschlußreich.

Im weiteren Gang des Gesetzgebungsverfahrens, in dem sich der Wirtschaftspolitische Ausschuß bezüglich der Konditionenkartelle und deren Mißbrauchsaufsicht den Erwägungen des Bundesrats im Grundsatz anschloß, kam es zur Formulierung der endgültigen Fassung des Gesetzes. Die gegenüber dem Bundesratsvorschlag abweichende Formulierung des § 2 sollte sicherstellen, daß Konditionenkartelle

"a) nicht einseitig festgelegt werden können,
b) nicht mißbräuchlich grundlegende allgemeine Rechtsvorschriften außer Kraft setzen,

---

1) Änderungsvorschlag des Bundesrats zum Reg.-Entw., BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 1158, Anl. 2, S. 64.

2) Näheres zur Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Wettbewerbsbeschränkungen s.u. S. 152 ff.

c) keine Diskriminierung ermöglichen und
d) Außenseiter zulassen."[1)]

Diese Aussagen allein lassen schon gewisse Rückschlüsse auf die Ansicht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses zum materiellen Gehalt des Mißbrauchsbegriffs zu, wie er speziell für Eingriffsbefugnisse bei Konditionenkartellen interessiert. Noch aufschlußreicher ist jedoch eine Aussage, die der amtliche Bericht des Ausschusses weiterhin macht:

"Der möglichen Verschiebung des Marktgleichgewichtes zugunsten bestimmter Gruppen von Unternehmen, deren Marktmacht durch den Zusammenschluß gewachsen ist, und die die hierdurch geschaffene Situation durch erhebliche Abweichungen von dem dispositiven Recht des BGB und des HGB zu ihren Gunsten ausnutzen, soll durch das Anmeldeverfahren und die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde (§ 7 a) gesteuert werden."[2)]

Mißbrauch war nach Ansicht des Ausschusses also vor allem die Ausnutzung einer Machtstellung durch erhebliche Abdingung dispositiven Rechts zugunsten des Kartells. Daß der Wirtschaftspolitische Ausschuß damit den Begriff des Mißbrauchs ausschließlich durch den von der Rechtsprechung entwickelten Begriff vom Monopolmißbrauch ausgefüllt sehen wollte, geht aus diesen Ausführungen allein nicht eindeutig hervor. Ebenso gibt diese Auffassung keinen Aufschluß über das Erfordernis subjektiver Tatbestandselemente. Der Wirtschaftspolitische Ausschuß schien nur den Standpunkt zu vertreten, daß ein Mißbrauch immer dann vorliegt, wenn dispositives Recht in erheblichem Maße durch Konditionenkartelle, die stets durch den Zusammenschluß mehrerer Unternehmen eine gewisse Marktmacht bilden, abgedungen wird.

---

1) Schriftlicher Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 3644 Anl. 1 zu § 1 a Reg.-Entw., S. 15.

2) Schriftlicher Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 3644 Anl. 1, S. 16.

Aus einer anderen Stelle des Berichts kann auf einen weiteren Bewertungsmaßstab für Ausübung einer Mißbrauchskontrolle über Konditionenkartelle geschlossen werden:
"Grundlage für die Zulassung solcher Abmachungen ... ist die Überzeugung, daß Konditionenkartelle Kartellabmachungen geringerer Art seien ... und daß die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung durch die Vorteile der vorherigen Prüfung der Konditionen aufgewogen werden."[1)]
Der Wirtschaftspolitische Ausschuß hatte also bei der Befürwortung der Zulässigkeit von Konditionenkartellen als äußerste Grenze dieser Zulässigkeit die Wahrung eines gewissen Gleichgewichtsverhältnisses vor Augen, das zwischen Vor- und Nachteilen, die diese Kartellarten mit sich bringen, auf jeden Fall erhalten bleiben sollte.[2)]

Ohne der Ansicht des Ausschusses Gewalt anzutun, kann daraus gefolgert werden, daß dieser ein Konditionenkartell immer dann für unzulässig, d.h. für mißbräuchlich hielt, wenn dieses

---

1) Schriftl. Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 3644 Anl. 1, S. 15.

2) Diese Überlegungen sind auch vom BKA in einer kurzen historischen Auslegung des Mißbrauchsbegriffs im Zusammenhang mit Konditionenkartellen angeführt, indem es auf das Protokoll der 63. Sitzung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses (S. 4) und auch auf den schriftlichen Bericht des Ausschusses verweist. - Beschl. des BKA v. 30.12.1959 - 1. Beschl.-Abt. - ("Röhrenhersteller"), WuW/E BKartA 119 ff. (130) = WuW 1960, S. 209 ff. (220).
In dem Protokoll der 63. Sitzung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses heißt es u.a.: Zur Sicherung eines echten Wettbewerbs müßten alle Maßnahmen gefördert werden, die das Angebot auf dem Markt vergleichbar machen (Förderung der Markttransparenz). Hierzu gehöre die Normierung von Konditionen, durch die eine Atomisierung des Angebots vermieden würde. Wörtlich heißt es dort:
"Gewisse Formen der Beschränkung im Wettbewerb mit sog. Nebenleistungen können sogar unter Umständen hier erwünscht sein, weil durch sie eine Vergleichbarkeit der Preise herbeigeführt und somit der eigentliche Preiswettbewerb intensiviert werden kann." (Zit. v. BKA, aaO.)

Äquivalenzverhältnis zuungunsten der Vorteile gestört wurde. Die durch den Abschluß eines Konditionenkartellvertrages oder -beschlusses herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkung muß dabei regelmäßig als relativ geringfügiger Nachteil in Betracht kommen, die Vereinheitlichung der AGB und die vorherige Inhaltskontrolle stehen ihr dagegen als Vorteile gegenüber. Unter Zugrundelegung dieses Äquivalenzverhältnisses als äußerster Grenze für die Zulässigkeit der Konditionenkartelle muß es der Auffassung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses entsprechen, daß der Mißbrauchstatbestand (§ 7 a Reg.-Entw.) für Konditionenkartelle nicht nur dann erfüllt ist, wenn die Kartellmitglieder bei der Aufstellung von AGB ihre Marktposition durch erhebliche Abweichungen vom dispositiven Recht zu ihren Gunsten ausnutzen, sondern auch dann, wenn irgendwelche wirtschaftlich-relevanten Nachteile z.B. die durch Abschluß des Konditionenkartellvertrages oder -beschlusses eintretenden allzu intensiven Wettbewerbsbeschränkungen durch den Vorteil der mit der Vereinheitlichung von AGB erzielt werden soll, aus irgendwelchen Gründen, die mit der Inhaltsgestaltung der vereinbarten AGB unmittelbar nichts zu tun zu haben brauchen, nicht aufgewogen werden.[1)]

Damit kann gleichzeitig festgestellt werden, daß sich der Mißbrauchsbegriff bezüglich der Konditionenkartelle nach An-

---

1) Damit bewegt sich die Ansicht des Ausschusses ungefähr auf einer Linie mit der Grundkonzeption des Jostenentwurfs v. 5.7.1949 (Gedruckt im Auftrage des BWM, Frankfurt (Main), der zwar wegen materieller Einwendungen und eines Memorandums der Alliierten nicht angenommen wurde, aber für die späteren Gesetzgebungsarbeiten bestimmend gewesen ist. - Wagner, Die Diskussion über ein GWB in Westdeutschland nach 1945, S. 24.
Der Entwurf schlug nämlich im einzelnen u.a. vor:
Die ausnahmsweise Zulassung eines Kartells, wenn
a) mit der Durchführung des absoluten Kartellverbotes Nachteile technischer oder volkswirtschaftlicher Art verbunden wären, die auf andere Weise nicht behoben werden können oder
b) die Durchführung des Verbotes mit einem hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für die Betroffenen wirtschaftliche Nachteile im Gefolge hat und die Interessen der Gesamtwirtschaft die Erteilung einer Ausnahme nicht verbieten. - Wagner, aaO., S. 5.

sicht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses nicht ausschließlich an den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen des Monopolmißbrauchs orientiert.

Aus den Materialien zur Mißbrauchsaufsicht über Konditionenkartelle geht also hervor, daß die Ausführungen des Bundesrates, der für Konditionenkartelle eine Ausnahmeregelung (Befreiung vom generellen Kartellverbot des § 1) durch Schaffung der Sondervorschrift des § 1 a Reg.-Entw. vorgeschlagen hat, kaum Rückschlüsse auf die Auslegung der gleichzeitig vorgeschlagenen Mißbrauchsregelung des § 7 a Reg.-Entw. zuläßt. Die Ansicht des Bundesrates scheint allenfalls für eine subjektive Mißbrauchstheorie zu sprechen.

Der Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses sagte zwar zum Theorienstreit"subjektiv - objektiv" ausdrücklich nichts aus, ging aber bei der Ausfüllung des Mißbrauchsbegriffs offenbar von ziemlich fest umrissenen Bewertungsmaßstäben aus, indem er erstens die "Steuerung" der möglichen Verschiebung des Marktgleichgewichtes zugunsten bestimmter Gruppen forderte, die durch Aufstellung erheblich vom dispositiven Recht abweichender AGB ihre Marktmacht ausnutzen, und zweitens ein gewisses Gleichgewichtsverhältnis zwischen den durch Bildung von Konditionenkartellen auftretenden Nachteilen wirtschaftlicher Art und bestimmten wirtschaftlichen Vorteilen unter allen Umständen gewahrt sehen wollte. Die Grundsätze der Monopolrechtsprechung können nach dieser Auffassung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses nicht der alleinige Maßstab für eine Bewertung des Mißbrauchstatbestandes sein.

d) Ergebnis der historischen Auslegung

Als wesentlichstes Ergebnis der gesamten historischen Auslegung des Mißbrauchsbegriffs betreffend Konditionenkartelle kann also zusammenfassend folgendes festgestellt werden:

Die Grundkonzeption der KVO, einer Vorläuferin des GWB, ging

von einem objektiven Mißbrauchsbegriff aus, der durch eine erhebliche Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls, nicht aber ausschließlich durch Ausnutzung einer Monopolstellung gekennzeichnet war. Die Materialien geben den Hinweis, daß zwar der Bundesrat, nicht aber der Wirtschaftspolitische Ausschuß ein subjektives Element im Mißbrauchsbegriff zu erblicken schien. Der Ausschuß, dessen Formulierungen schließlich Gesetz geworden sind, legte als Beurteilungsmaßstäbe für die inhaltliche Konkretisierung des Mißbrauchsbegriffs an:

Erstens die Ausnutzung der den Konditionenkartellen eigenen Machtposition im Markt durch erhebliche Abdingungen des dispositiven Rechts und zweitens das Aufwiegen der vom Gesetzgeber als erstrebenswert angesehen Vorteile (Förderung der Markttransparenz) durch irgendwie geartete nicht näher beschriebene Nachteile, die jedoch entsprechend der Konzeption des GWB als Bestandteil der Wirtschaftsverfassung ebenfalls wirtschaftlich orientiert sein müssen. Dabei ging der Wirtschaftspolitische Ausschuß jedoch offenbar davon aus, daß jeder Abschluß eines Konditionenkartellvertrages in der Regel mehr Vorteile als Nachteile in Gestalt von Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Gebiete der AGB mit sich bringen würde. Zwischen diesen beiden vom Ausschuß vertretenen Mißbrauchskriterien besteht jedoch ein Verhältnis von Spezialität und Generalität, denn der Fall der Ausnutzung einer Marktposition durch erhebliche Abdingung dispositiver Gesetzesregeln ist ein Nachteil, der nach Ansicht des Ausschusses stets den Vorteil der Vereinheitlichung von AGB aufwiegt.

3. Die logisch-systematische Auslegung

a) Rechtsnatur und formelle Grenzen dessen, was nach dem GWB "mißbraucht" werden kann

Die logisch-systematische Betrachtungsweise aller Mißbrauchsnormen des GWB ist der nächste Schritt auf dem Wege der Analyse des in § 12 Abs. 1 Ziff. 1 enthaltenen Mißbrauchsbegriffs.

Erst die ganzheitliche Untersuchung aller im GWB vorhandenen Mißbrauchsnormen kann Aufschluß über den hier besonders interessierenden Mißbrauchsbegriff für Konditionenkartelle gewähren.

Um das Wesen der einzelnen Mißbrauchsfälle, insbesondere aber des Mißbrauchs der durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 erkennen zu können, muß zunächst die Frage nach den jeweiligen Mißbrauchsobjekten gestellt werden. Die Erkenntnis dessen, was Gegenstand des richtigen Gebrauchs durch die betreffenden Wirtschaftssubjekte sein kann, muß gleichzeitig Auskunft über das Objekt des falschen, des Mißbrauchs erteilen. Es gilt also zu untersuchen, welchen Charakter und Inhalt die gestattete, bzw. mißbilligte Rechtsposition der jeweiligen Wirtschaftssubjekte hat, weil nur so sichtbar werden kann, wann das Objekt richtig und wann es falsch gebraucht, d.h. mißbraucht wird.

In § 11 Abs. 5 Ziff. 1 spricht das Gesetz von Mißbrauch der durch die Erlaubnis erlangten Freistellung, in §§ 12 Abs. 1 Ziff. 1, 104 Abs. 1 Ziff. 1 vom Mißbrauch der durch die Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt, in § 17 Abs. 1 Ziff. 2, der an §§ 15 und 16 anknüpft, von einer mißbräuchlichen Handhabung der Preisbindung und in § 38 Abs. 3 Satz 5 von einem Mißbrauch der durch die Freistellung vom Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 Satz 2. Da die §§ 20 Abs. 3 und 21, die eine Erlaubnis voraussetzen, eine Freistellung von § 20 Abs. 1 enthalten und da § 20 Abs. 2 auf § 11 Abs. 3 - 5 verweist, kann auch hier nur eine durch die Erlaubnis erlangte Freistellung "mißbraucht" werden.

In allen diesen Fällen beschreibt das Gesetz das Objekt der mißbräuchlichen Handhabung mit "Freistellung" - ob generell oder durch Erlaubniserteilung - von den allgemeinen Verboten der §§ 1, 15, 20 Abs. 1 und 38 Abs. 2 Satz 2. Durch die Freistellungen erhalten die Wirtschaftssubjekte also etwas, was ihnen wegen der Existenz eben dieser Verbote vorher nicht

zugestanden hat. Das Objekt des Mißbrauchs ist folglich dieses "Etwas", dessen Erwerb sich bei den §§ 4, 5 Abs. 2 und 3, 6 Abs. 2, 7, 8 Abs. 1 und 2, 20 Abs. 1 und 21 durch Erlaubniserteilung durch die KBn, bei den §§ 2, 3, 5 Abs. 1 und 5 a durch Anmeldung und Nichtwiderspruch in 3 Monaten, bei §§ 6 Abs. 1 i.Verb.m. § 9 Abs. 2, 16 Abs. 1 Ziff. 1, 2 und 4 und 102 durch Anmeldung als reinen Konstitutivakt und bei den §§ 5 Abs. 4, 99 Abs. 2 Ziff. 1, 100 und 103 Abs. 1 Ziff. 3 ohne Einschränkung sofort vollzieht und das den Erwerbern eine besondere Rechtsposition verleiht.

In den Fällen der §§ 18 und 22, in denen eine kartellbehördliche Kontrolle gegenüber bestimmten Arten von Verträgen (§ 18) bzw. gegenüber dem Verhalten bestimmter marktstarker Unternehmen (§ 22) vorgesehen ist, wird das Objekt des Mißbrauchs nicht näher bezeichnet. Hier werden lediglich bestimmte Verhaltensweisen der betreffenden Wirtschaftssubjekte als mißbilligenswert herausgestellt. Insofern sind in den Fällen der §§ 18 und 22 bei äußerlicher Betrachtungsweise keine als "Freistellungen" oder ähnlich bezeichnete Mißbrauchsobjekte zu erkennen, so daß eine Untersuchung des Charakters der Gegenstände des Mißbrauchs dieser Fallgruppen zunächst zurückgestellt und erst bei den als "Freistellung" gegenständlich bezeichneten Rechtspositionen angeknüpft werden soll.

Welches ist nun die Rechtsnatur dieser Freistellungen bzw. Rechtspositionen? Das, was den jeweiligen Wirtschaftssubjekten durch die Verbotsschranken der §§ 1, 15, 20 Abs. 1 und 38 Abs. 2 Satz 2 grundsätzlich vorenthalten und durch die Freistellungen zurückgewährt wird, ist die wirtschaftliche Handlungs- und Bewegungsfreiheit.

Bei der Auseinandersetzung um die Verfassungsmäßigkeit der Verbotsregelungen des GWB - auf die hier nicht näher einzugehen ist, weil von der Gesetzeswirklichkeit ausgegangen

werden muß - ist aber gerade diese Freiheit von der Literatur als eine aus mehreren Freiheitsrechten im Sinne des Grundrechtskatalogs des GG bestehende Rechtsstellung analysiert worden.[1)2)] In erster Linie sind hier bei Kartellen (§ 1) die Vertragsfreiheit und die Vereinigungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 und 9 Abs. 1 GG,[3)] bei Individualverträgen (§ 15) die Vertragsfreiheit als Inhaltsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG und bei beiden die allgemeine Handlungsfreiheit, das Recht auf wirtschaftliche Betätigung und die Wettbewerbsfreiheit als Bestandteile des umfassenden Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1 GG zu nennen.[4)5)6)]

---

1) Vgl. Fikentscher, aaO., S. 78.

2) Bezüglich des Streits um die Verfassungsmäßigkeit der Verbotsregelungen vgl. Müller-Henneberg, Gem.-Komm., Einführ. VI, S. 68 ff. und die vorausgeschickten zahlreichen Literaturhinweise.

3) Kartelle sind nach h.M. keine Koalitionen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG; vgl. Fikentscher, aaO., S. 80 mit weiteren Hinweisen.

4) Obwohl ein Teil der Lehre dem Art. 2 Abs. 1 GG überhaupt keine selbständige Grundrechtsqualität beimißt (Haas, DÖV 1954, S. 71; v. Mangoldt-Klein, aaO., S. 168 ff.; Wehrhahn, AöR Bd. 82, S. 250 ff.) und ein anderer Teil in Art. 2 Abs. 1 nur den geistigen, sittlichen und kulturellen Entfaltungsbereich des Menschen als geschützt ansieht (Abendroth, Veröfftl. DStRL Bd. 11, S. 85; Bachof, DÖV 1954, S. 352; Hamel, DVBl 1957, S. 619; W. Jellinek, Veröfftl. DStRL Bd. 11, S. 124; Peters, Festschr. f. Laun, S. 669 ff.; ders., BArbBl 1954; S. 207; Schüle, Veröfftl. DStRL Bd. 11, S. 85), ist mit der Ansicht der überwiegend herrschenden Lehre und der Praxis davon auszugehen, daß Art. 2 Abs. 1 GG auch als Grundrecht auf wirtschaftlichem Gebiete gilt. Vgl. Baumbach-Hefermehl, aaO., Allg., Anm. 32; Dürig, JR 1952, S. 261; ders., NJW 1955, S. 780; ders., Festschr. f. Nawiasky, S. 159; ders., AöR Bd. 81, S. 139; Fikentscher, aaO., S. 78; Forsthoff, BB 1953, S. 421; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 62; ders., BB 1955, S. 105; ders., Komm., S. 80; ders., Wirtsch.Verf. R. S. 77; Huber, DÖV 1956, S. 135; Ipsen, AöR Bd. 78, S. 310; Krüger, NJW 1955, S. 202; Larenz, NJW 1955, S. 521; Laufke, Festschr. f. Apelt, S. 4; Maunz-Dürig, aaO., Art. 2 Abs. 1 Anm. 11; Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft i.d.Verf.d. BRD 1954, S. 6; ders., Wirtsch.-Verfassung, S. 10 ff.; Scheuner, Recht-Staat-Wirtsch., Bd. 4, S. 95; ders., Veröfftl. DStRL Bd. 11,S. 59, 61, 72; ders., DÖV 1954, S. 588; Strickrodt, NJW 1955, S. 1699; Wintrich, Festschr. f. Apelt, S. 4; BVerwGE Bd. 1, S. 321 = NJW 1955, S. 962; Bd. 2, S. 115; Bd. 3, S. 304; Bd. 4, S. 31; Bd. 4, S. 336

(bezügl.d.Vertragsfreiheit).
Im übrigen vgl. das klärende Urteil des BVerfG v. 16.1.1957 (BVerfGE Bd. 6, S. 32 = JZ 1957, S. 167 mit Anm. von Dürig = DÖV 1957, S. 116 = NJW 1957, S. 297).

5) Daß die sog. allgemeine Handlungsfreiheit ebenfalls durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet ist, hat das BVerfG in seinem Urteil vom 16.1.1957 (BVerfGE Bd. 6, S. 32 = DÖV 1957, S. 116 = JZ 1957, S. 167 = NJW 1957, S. 297) ausdrücklich herausgestellt.

6) Daß das GG auch die Wettbewerbsfreiheit als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit schützt, obwohl es sie ebensowenig wie die Vertragsfreiheit ausdrücklich erwähnt, entspricht der allgemeinen Auffassung; vgl. Benisch, Betrieb 1956, S. 37 ff.; Müller-Henneberg, Gem.-Komm., Einf. VI, S. 71; Raiser, JZ 1958, S. 5. Nach Huber, DÖV 1956, S. 137, ist die Vertragsfreiheit mit den Elementen Abschluß-, Inhalts- und Wettbewerbsfreiheit als das Recht, "sich durch freie Leistungskonkurrenz auf dem Markt gegenüber anderen Unternehmen durchzusetzen", grundgesetzlich gewährleistet. Das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung wird von ihm mit "Unternehmensfreiheit" bezeichnet.

Da Art. 2 Abs. 1 und 9 Abs. 1 GG nach h.M. subjektiv-öffentliche Rechte beinhalten,[1] kann somit festgestellt werden, daß der Rechtscharakter der Objekte der Mißbrauchsregelungen für die Freistellungen von den allgemeinen Verboten der §§ 1, 15, 20 Abs. 1 und 38 Abs. 2 Satz 2 vornehmlich die wieder freigegebenen subjektiv-öffentlichen Rechte aus Art. 2 Abs. 1 und 9 Abs. 1 GG sind.[2][3]

Obwohl in den Mißbrauchsfällen der §§ 18 und 22 das Objekt des Mißbrauchs vom GWB nicht als Freistellung oder eine ähnlich lautende Umschreibung ausdrücklich bezeichnet wird, handelt es sich hier ebenfalls um die durch Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsmäßig gewährleisteten Grundrechte der wirtschaftlichen Betätigungs- bzw. Unternehmensfreiheit, zu denen in erster Linie die Vertragsfreiheit als Inhalts- und Abschlußfreiheit zählt.[4]

---

1) Vgl. etwa Dürig, JR 1952, S. 260; ders., NJW 1955, S. 730; ders., Festschr.f. Nawiasky, S. 159 Anm. 3; Hamann, BB 1955, S. 105 f.; ders., Komm., S. 78; ders., Wirtsch. Verf.R., S. 76 ff.; Huber, aaO., Bd. 1, S. 200; ders., DÖV 1956, S. 135; Krüger, NJW 1955, S. 201; Laufke, Festschr.f. Lehmann, S. 158; Maunz, Staatsr., 7. Aufl., S. 95 f.; Maunz-Dürig, aaO., Art. 2 Abs. 1 Anm. 5; Nipperdey, Die soz. Marktw., S. 8; Peters, Festschr.f. Laun, S. 672; Wintrich, Festschr.f. Apelt, S. 4 ff.; Zinn-Stein, Komm., S. 109.

2) Da als Grundrechtsträger nicht nur Privatpersonen, sondern auch juristische Personen infrage kommen können, (Art. 19 Abs. 3 GG) - das ist für Art. 9 GG unbestritten, muß aber bezüglich aller wirtschaftlichen Freiheitsrechte gelten, (Maunz-Dürig, aaO., Art. 2 Abs. 1 Anm. 68) - stehen insoweit einer Gleichbehandlung der juristischen Personen mit Privatpersonen keine Hindernisse entgegen.

3) So auch Christl, BB 1960 S. 298/299; ebenso das Ergebnis der Untersuchungen von Bohnhorst, aaO., Man., 4. Hauptt. I 6.

4) Bohnhorst, aaO., Man., 5. Hauptt. II und III; für § 22: Bartholomeycik, Gem.-Komm., Anm. 82; Sarnighausen, aaO., S. 103.

Die Regelungen der §§ 18 und 22 Abs. 3 knüpfen ihr Unwerturteil nicht an bestimmte, vom Gesetz nur ausnahmsweise zugelassene und unter gewissen Voraussetzungen mißbilligte Verhaltensweisen der Wirtschaftssubjekte, sondern erklären bestimmte Verträge (§§ 18 und 22 Abs. 3) bzw. Verhaltensweisen (§ 22 Abs. 3) als mißbilligenswert. Damit aber wird als Objekt des Mißbrauchs ähnlich wie bei den Verbotsfreistellungen vornehmlich die Vertragsfreiheit als Ausfluß des Rechts auf freie wirtschaftliche Betätigung gem. Art. 2 Abs. 1 GG hinreichend klar bestimmt. Mißbrauchsobjekte in den §§ 18 und 22 Abs. 3 können also ebenfalls nur subjektiv-öffentliche Rechte sein.

Nachdem bereits festgestellt worden ist, daß Mißbrauch nicht vorliegen kann, wenn das betreffende Verhalten bereits formell unzulässig ist,[1] und daß weiterhin als Gegenstand des kartellrechtlichen Mißbrauchs verfassungsmäßig gewährleistete subjektiv-öffentliche Rechte - insbesondere aus Art. 2 Abs. 1 und 9 Abs. 1 GG - zu erblicken sind, gilt es nun zu ermitteln, wann diese Rechte als Mißbrauchsobjekt schon deshalb ausscheiden, weil sie bereits die rechtssatzmäßig festgelegten formellen Zulässigkeitsschranken überschreiten.

Bei den Freistellungen von den Verboten der §§ 1, 15, 20 Abs. 1 und 38 Abs. 2 Satz 2 umschreibt das GWB durch Aufzählung von positiven oder durch Hervorheben von negativen Tatbestandsmerkmalen die formellen Grenzen der jeweils "mißbrauchstauglichen" Gebrauchsobjekte. In § 2 Abs. 1 Satz 1 werden z.B. Vereinbarungen über die einheitliche Anwendung von AGB verlangt (positive Tatbestandsmerkmale) und gem. Abs. 1 Satz 2 Regelungen, die sich auf Preise oder Preisbestandteile beziehen, ausdrücklich ausgeschlossen (negatives Tatbestandsmerkmal). In § 3 Abs. 1 werden Verträge oder Beschlüsse über Warenlieferungsrabatte genannt, die ein echtes Leistungsentgelt darstellen (positives Tatbestandsmerkmal)

---

1) s.o. S. 96 f.

und nicht zur Diskriminierung von Abnehmern führen dürfen (negatives Tatbestandsmerkmal). In § 16 werden Preisbindungsverträge solcher Unternehmen von dem Nichtigkeitsausspruch des § 15 ausgenommen, die Markenwaren im Sinne des § 16 Abs. 2, welche mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler im Preiswettbewerb stehen, oder Verlagserzeugnisse herstellen (positive Tatbestandsmerkmale) usw. In den Fällen der erlaubnispflichtigen Freistellungen (z.B. §§ 4, 5 Abs. 2 und 3, 6 Abs. 2, 7, 8 und 20 Abs. 3) treten außerdem die Erlaubniserteilung, bei den anmeldepflichtigen Verbotsausnahmen (§§ 5 Abs. 4, 6 Abs. 1, 16 Abs. 4) die Anmeldung und bei den Widerspruchskartellen (§§ 2, 3, 5 Abs. 1, 5 a) die Anmeldung und der Ablauf der Widerspruchsfrist als weitere positive Tatbestandsvoraussetzungen hinzu.

Solche formellen Tatbestandsmerkmale, die den jeweiligen Gebrauchsgegenstand umreißen und einengen können, sind in den §§ 18 und 22 jedoch nicht vorhanden, so daß bei diesen Mißbrauchsfällen die Herausarbeitung des Unterschiedes zwischen Rechtsüberschreitung und Mißbrauch zur Präzisierung der Mißbrauchsobjekte nicht erforderlich wird. Insoweit sind hier also keine formellen Schranken des Mißbrauchsobjektes zu bestimmen, bei deren Überschreitung Mißbrauch in unzulässige Rechtsausübung umschlagen würde.

In den Fällen der Verbotsausnahmen jedoch, in denen die mißbrauchstauglichen Gebrauchsgegenstände, nämlich vornehmlich die Freiheitsrechte aus Art. 2 Abs. 1 und 9 Abs. 1 GG, nicht unter Beachtung von formellen Tatbestandserfordernissen gehandhabt werden, leben die generellen Verbote wieder auf, und somit ist kein Raum mehr für Mißbräuche gegeben; es kann sich dann immer nur um klare Rechtsüberschreitungen handeln.

Nun erklärt das GWB regelmäßig die vorsätzliche[1] Nichtbeachtung solcher Rechtsüberschreitungen für ordnungswidrig. So

1) Das Element der Schuld (Vorsatz) wird im GWB aus dem Grunde besonders herausgestellt, weil nicht nur das kriminelle Strafrecht, sondern auch das Verwaltungsunrecht vom Grundsatz des nulla poena sine culpa ausgeht; vgl. § 11 OWiG.

fallen z.B. eine Konditionenvereinbarung, die sich auf Preise oder Preisbestandteile bezieht (§ 2 Abs. 1 Satz 2), ein nicht angemeldetes Rabattkartell (§ 3 i.Verb.m. § 9 Abs. 2), eine Rationalisierungsabsprache, für die keine Erlaubnis erteilt worden ist (§ 5 Abs. 2 i.Verb.m. § 11) oder ein Leistungsbeschreibungskartell, das Preisfestlegungen enthält (§ 5 Abs. 4), usw. unter die Nichtigkeitsvorschrift des § 1, und § 38 Abs. 1 Ziff. 1 deklariert ein vorsätzliches Sichhinwegsetzen über § 1 als Ordnungswidrigkeit.

Bei Nichtbeachten der formellen Zulässigkeitsschranken des § 16 - etwa Nichtanmeldung eines Preisbindungsvertrages - liegen die Rechtsfolgen ähnlich: Nach § 15 ist ein solcher Vertrag nichtig, und § 38 Abs. 1 Ziff. 1 i.Verb.m. Abs. 4 droht für das vorsätzliche Sichhinwegsetzen über die Nichtigkeitsvorschrift des § 15 eine Geldbuße an. Auch in dem Bereich der generellen Freistellungen gem. §§ 99 ff. sind gewisse Zulässigkeitsschranken zu beachten, bei deren Überschreitung die generellen Verbote Platz greifen und somit von § 38 Abs. 1 Ziff. 1 als Ordnungswidrigkeit erfaßt werden. So würde z.B. ein Vertrag zwischen Unternehmen der See-, Küsten- und Binnenschiffahrt den generellen Zulässigkeitsrahmen des § 99 Abs. 2 Ziff. 1 sprengen und den allgemeinen Verbotsregelungen der §§ 1 und 15 anheimfallen, wenn er nicht die Beförderung über die Grenzen oder außerhalb des Geltungsbereichs des GWB, sondern allein die Beförderung im inländischen Bereich zum Gegenstand hätte.

In allen diesen Fällen hält das GWB bei solchermaßen gehandhabten wirtschaftlichen Freiheitsrechten nicht das Abwehrmittel des Mißbrauchseingriffs bereit, sondern in Gestalt der Bußgeldvorschriften die Regelungen zur Bekämpfung verbotswidriger Praktiken. Die Gesetzessystematik macht also die Grenzen des Mißbrauchsobjektes erkennbar. Bei klaren Rechtsüberschreitungen durch Verletzung formeller Zulässigkeitsschranken kann kein Mißbrauch vorliegen, weil das materielle Unwerturteil sich nicht gegen das eigentliche festumrissene Mißbrauchsobjekt, den gebotenen Gebrauch, sondern

gegen ein aliud richtet, was schon formell nicht auf einer vom GWB zugelassenen Rechtsposition beruht.

Nun wäre es jedoch falsch, die Regel: "Alles, was den Rahmen formeller Zulässigkeitsgrenzen sprengt, wird vom GWB regelmäßig als Ordnungswidrigkeit bekämpft" dahingehend umzukehren, daß - wie SARNIGHAUSEN meint[1] - alles das, was als ausdrücklich verbotene Praktiken vom GWB geahndet wird, als Mißbrauch von vornherein ausscheiden müßte. Es kann durchaus zu den Aufgaben der kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht gehören, auch verbotene Praktiken zu bekämpfen, wenn der Verbotsverstoß zwar innerhalb einer bestimmten formellen Freistellungsgrenze begangen wird, jedoch einer anderen Norm des GWB zuwiderläuft. Ist es doch nicht ausgeschlossen, daß sich eine Freistellung in dem Rahmen aller formellen Zulässigkeitsschranken hält und daß trotzdem gegen Verbotsvorschriften - etwa der §§ 25 oder 26 i.Verb.m. § 38 Abs. 1 Ziff. 8 - verstoßen wird. Entscheidend kann doch nur die Tatsache sein, ob die Verbotsübertretung mit Hilfe eines mißbrauchstauglichen in seiner Organisationsform grundsätzlich zulässigen Gebrauchsgegenstandes, den wieder zur Verfügung gestellten wirtschaftlichen Freiheitsrechten, begangen wird. Die formalen Grenzen des Mißbrauchsgegenstandes sind allein der jeweiligen Ausnahmeregelung in Gestalt der positiven und negativen Tatbestandsmerkmale zu entnehmen und nicht den Verbotsbestimmungen aller GWB-Normen. Da es nicht ausgeschlossen ist, daß im Rahmen einer in seiner Organisationsform grundsätzlich zulässigen Freistellung vom Verbot des § 1 - etwa einer Konditionenvereinbarung gem. § 2 - zugleich gegen eine Verbotsnorm verstoßen wird, kann die Möglichkeit einer Konkurrenz zwischen zwei Abwehrmitteln (Mißbrauchseingriff und Ahndung einer Ordnungswidrigkeit) nicht grundsätzlich von der Hand gewiesen werden. Insofern ist auch die Kritik SARNIGHAUSENs[2] an der Praxis des BKA unbegründet, dem er vorwirft, bei der Wider-

1) Sarnighausen, aaO., S. 79/80 bezügl. Konditionenkartelle.
2) Sarnighausen, aaO., S. 79/80.

spruchserhebung gegen die Anmeldung einer Konditionenregelung des Fittingsverbandes e.V.[1] das Verbot des § 25 Abs. 2 Ziff. 1 (Verletzung des Grundsatzes der Freiwilligkeit des Beitritts zum Kartellverband) in den Mißbrauchsbegriff des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 hineingezogen und damit den "Unterschied zwischen Mißbrauch und formell unzulässigem Organisationszwang verwischt" zu haben. SARNIGHAUSEN verkennt, daß dem BKA ein nach den §§ 2 und 3 formell zulässiges kombiniertes Konditionen-Rabatt-Kartell zur "Begutachtung" vorgelegen hat, daß es also über einen mißbrauchstauglichen Gebrauchsgegenstand zu befinden hatte. Die Tatsache, daß § 25 Abs. 2 Ziff. 1, also eine von §§ 2 und 3 völlig getrennte Vorschrift, ein Unwerturteil über die Ausübung eines Organisationszwangs enthält, ließ das angemeldete kombinierte Konditionen-Rabatt-Kartell als solches nicht von vornherein formell unzulässig erscheinen, so daß das BKA durchaus den beanstandeten Verstoß gegen § 25 Abs. 2 Ziff. 1 im Wege der Mißbrauchsaufsicht bekämpfen konnte.

In einem ähnlich gelagerten Fall hatte die Landes-KB von Baden-Württemberg über die Anmeldung eines Konditionenkartells von Moräne-Kieswerken zu entscheiden,[2] in dem Klauseln enthalten waren, die gegen § 15 i.Verb.m. § 38 Abs. 1 Ziff. 1 verstießen.[3] Obwohl dieses von der KB nicht klar erkannt wurde, hat sie doch den Sachverhalt - wenn auch mit anderer Begründung und methodisch anfechtbar - letztlich richtig als Mißbrauchsfall im Sinne des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 behandelt, eben weil ein formell zulässiges Konditionenkartell, also

---

1) Beschl. des BKA v. 1.8.1958 - 1. Beschl.-Abt., - ("Temperguß-Fittings"), WuW/E BKartA 8 ff. (10) = WuW 1958, S. 634 ff. (636).

2) Verfg. d. Wirtsch.-Min. Baden-Württemb. v. 26.8.1958 ("Moräne-Kies"), WuW/E LKartB 1 ff. = WuW 1958 S. 73 ff. und Verfg. v. 2.6.1959 ("Moräne-Kies II"), WuW/E LKartB 11 ff. = WuW 1961, S. 69 ff.

3) So richtig v. Renthe-Fink, Anm. zur Verf. des Wirtsch. Min. Baden-Württemb. WuW/E LKartB 5 f. (6) = WuW 1959, S. 77 f. (78).

ein formell fest umgrenztes echtes Objekt der Mißbrauchsaufsicht angemeldet worden war, welches allerdings dem Verbot des § 15 zuwiderlief.[1)]

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß durch die logisch-systematische Betrachtungsweise die einzelnen Mißbrauchsobjekte der Verbotsausnahmen, zu denen der besonders interessierende Gegenstand des Mißbrauchsbegriffs bei Konditionenkartellen zählt, die wieder zur Verfügung gestellten wirtschaftlichen Freiheitsrechte aus Art. 2 Abs. 1 und 9 Abs. 1 GG sind, die formell innerhalb der Grenzen ausgeübt werden, die in der jeweiligen Ausnahmevorschrift durch bestimmte Tatbestandsmerkmale aufgezeigt werden.

Im Gegensatz zur Auffassung SARNIGHAUSENs spielen bei der Abgrenzung zwischen Rechtsüberschreitung und Mißbrauch die Verbotsnormen des GWB keine Rolle, es kommt lediglich darauf an, ob die formellen Tatbestandserfordernisse der jeweiligen Ausnahmebestimmung erfüllt sind.

Für das Mißbrauchsobjekt bei Konditionenkartellen gem. § 2 bedeuten diese Feststellungen: Es ist stets dann Raum für Mißbrauchseingriffe gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1, wenn erstens ein Kartellvertrag oder -beschluß vorliegt, der AGB zum Gegenstand hat, die sich mit Ausnahme der Skonti nicht auf Preise oder Preisbestandteile beziehen, und zweitens wenn nach den Grundsätzen, die für jeden Rechtsmißbrauch gelten, innerhalb der Grenzen der formellen Tatbestandsmerkmale des § 2 von den wieder zur Verfügung gestellten wirtschaftlichen Freiheitsrechten in einer Weise Gebrauch gemacht wird, die deren innerer Zielsetzung und Zweckbestimmung zuwiderläuft. Mißbrauch

---

1) Sarnighausen (aaO., S. 80/81) hätte diesen Fall konsequenterweise ebenfalls nicht als zweckwidrigen Gebrauch, sondern als unzulässige Rechtsüberschreitung ansehen müssen, wenn er mit v. Renthe-Fink von einem Verstoß gegen § 15 ausgegangen wäre.

im Sinne des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 bezüglich Konditionenkartelle ist also letztlich nichts anderes als ein falscher, materiell mißbilligter Gebrauch der durch die Rechtsordnung in § 2 den Unternehmen formell eingeräumten Rechtsstellung, Verträge und Beschlüsse über die einheitliche Anwendung von AGB treffen zu dürfen.

An dieser Stelle der Untersuchungen des Objekts des rechten bzw. materiell mißbilligten Gebrauchs muß auch auf die Ansichten BOHNHORSTs eingegangen werden, der den Gebrauchsgegenstand (die subjektiv-öffentlichen Rechte, insbes. aus Art. 2 Abs. 1 und 9 Abs. 1 GG) durch die grundgesetzlichen Schranken eingeengt erblickt. Eine nähere Betrachtung dieser Lösung bei der Präzisierung der mißbrauchstauglichen Gebrauchsgegenstände der Verbotsfreistellungen gibt nämlich am klarsten Auskunft darüber, weshalb BOHNHORST den Mißbrauch im Sinne der §§ 11 Abs. 5 Ziff. 2, 12 Abs. 1 Ziff. 1 usw. definiert als den objektiv falschen, sittlich werturteilsfreien Gebrauch der durch die Freistellungen von den allgemeinen Verboten der §§ 1, 15 und 20 Abs. 1 wiedererlangten subjektiven Rechte auf wirtschaftliche Handlungsfreiheit, der den Wettbewerb als Institution der sozialen Marktwirtschaft in seinem materiellen Gehalt berührt.[1)]

BOHNHORST geht - wie hier ebenfalls vertreten wird - davon aus, daß das Objekt der Freistellungsmißbrauchsfälle die wieder zur Verfügung gestellten subjektiv-öffentlichen Rechte vornehmlich aus Art. 2 Abs. 1 und 9 Abs. 1 GG sind. Sodann prüft er die Bedeutung der grundgesetzlichen Schranken dieser Rechte und kommt dadurch, daß er den Verfassungsvorbehaltsschranken sog. Privatrechtswirkung beimißt, zu dem Ergebnis, der GWB-Gesetzgeber habe die Unwerturteile dieser Schranken als vorgegeben ansehen müssen und nur darüber hinaus festzulegen gehabt, wann Wettbewerbsbeschränkungen nicht mehr zulässig sein sollten.[2)] Infolgedessen kommt BOHNHORST

1) Bohnhorst, aaO., Man., 4. Hauptt. VIII.
2) Bohnhorst, aaO., Man., 4. Hauptt. III 1.

zur Bestimmung eines Mißbrauchsgegenstandes, der in den grundgesetzlich gewährleisteten wirtschaftlichen Freiheitsrechten, jedoch unter Abzug solcher "Rechte" besteht, die gegen die Verfassungsschranken, insbes. des Art. 2 Abs. 1 2. Halbsatz verstoßen. Wenn also z.B. ein Kartell die Rechte anderer verletzt, gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen das Sittengesetz im Sinne des Art. 2 Abs. 1 2. Halbsatz verstößt, kann nach dieser Ansicht niemals ein kartellgesetzlich relevantes Mißbrauchsobjekt vorliegen, weil diesem ein solches Verhalten schon nach dem GG versagt sei. Diese Ansicht BOHNHORSTs kann nicht unwidersprochen bleiben. Was ihren Ausgangspunkt, die Bejahung der Drittwirkung der Grundrechte, angeht, ist sie schon höchst problematisch.[1] Ein grundlegender Fehlschluß bei der Bestimmung der formellen Grenzen des Mißbrauchsgegenstandes liegt jedoch in der Annahme, das GWB habe die grundgesetzlichen Schranken des Soweitsatzes gem. Art. 2 Abs. 1 GG als vorgegeben angesehen und lediglich darüber hinaus seine Verbote ausgesprochen. Diese Betrachtungsweise kann nicht richtig sein. Eine formelle Abgrenzung der kartellrechtlichen Mißbrauchsobjekte kann sich immer nur auf solche Schranken beziehen, die das GWB selbst zieht. Eine formelle Rechtsposition wird nicht dadurch zu Rechtsüberschreitung, daß sie grundgesetzliche Vorbehalte mißachtet. Das GWB richtet seine formellen Schranken einmal - wie zuvor ausgeführt - durch Aufzählung gewisser Tatbestandsmerkmale in den Ausnahmevorschriften auf; zum anderen bringt es aber auch durch die Formulierungen, wie "§ 1 gilt nicht für ..." (§§ 2, 3, 5 Abs. 1, 5 a, 6 Abs. 1), "§ 15 gilt nicht, soweit ..." (§ 16) oder "die §§ 1 und 15 finden keine Anwendung ..." (§§ 99 Abs. 2, 100, 102, 103) usw. zum Ausdruck, daß ohne die Existenz der Freistellungsregeln der Tatbestand eines Verbotsverstoßes gem. §§ 1, 15 oder 20 Abs. 1

1) Vgl. vor allem die ältere Grundrechtslehre (Schrifttumsübersicht bei Dürig, Festschr. f. Nawiasky, S. 157), die in den Grundrechten nur gegen den Staat gerichtete Abwehrrechte erblickt. Zum heutigen Stand des Meinungsstreits vgl. Leisner, aaO., S. 309 ff. u. 335 ff. mit zahlreichen Literaturangaben.

i.Verb.m. § 38 Abs. 1 Ziff. 1 erfüllt sein muß. Es ist also stets zu fragen: Spricht eine der Verbotsnormen des GWB über die zu beurteilende Handhabung der wirtschaftlichen Freiheitsrechte ein Unwerturteil aus? Wenn diese Frage bejaht werden muß und zusätzlich die Tatbestandsmerkmale einer Ausnahmevorschrift erfüllt sind, liegt das gesuchte Gebrauchs- bzw. Mißbrauchsobjekt innerhalb der formellen Schranken des Gesetzes. Die kartellrechtlichen Verbote knüpfen ihr Unwerturteil jedoch selbständig und unabhängig von nichtkartellgesetzlichen Bestimmungen an eigene Wertvorstellungen.[1] Deshalb sind sie auch von den Grenzen unabhängig, die z.B. der Vertragsfreiheit durch zivilrechtliche Normen gesetzt sind. Wenn beispielsweise schon das Vorhandensein eines Kartells als Erscheinungsform des sozialen Lebens vom Bestehen eines gültigen Kartellvertrages oder -beschlusses unabhängig ist[2] - etwa weil der Vertrag aus zivilrechtlichen Gründen (§ 138 oder § 142 BGB i.Verb.m. einer Anfechtungsvorschrift), nichtig ist - und ein Sichhinwegsetzen über die zusätzlich von § 1 ausgesprochene Nichtigkeitsfolge stets von § 38 Abs. 1 Ziff. 1 betroffen wird, kann die Verbotsregelung des § 1 i.Verb.m. § 38 nicht dann illusorisch sein, wenn die Kartellmitglieder ihr Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung unter Verletzung verfassungsrechtlicher Schranken betätigen. BOHNHORST kann nicht nicht bestreiten, daß Verträge, die gegen Art. 2 Abs. 1 2. Halbsatz verstoßen, kartellrechtlich nicht irrelevant sind, sondern darüber hinaus noch von den Verbotsvorschriften des GWB erfaßt werden, wenn sie wettbewerbsbeschränkenden Charakter aufweisen. Andernfalls könnte ein Kartell dadurch, daß es sich mit einem zivilrechtlichen oder anderen Mangel behaftet, (z.B. §§ 134 oder 138 BGB) das Verbot des

---

1) Die Verhältnisse liegen hier also so ähnlich, wie bei dem zivilrechtlichen Phänomen, daß ein Rechtsgeschäft durchaus noch angefochten werden kann, obwohl es nichtig ist. Vgl. Enn.-Nipp., aaO., § 203 III 7; Peter, AcP Bd. 132, S. 1 ff.; BGH LM N2 zu § 142.

2) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 1 GWB Anm. 2; Müller-Henneberg, Gem.-Komm., § 1 Anm. 47.

§ 38 Abs. 1 Ziff. 1 umgehen. Entsprechend diesen Grundsätzen beziehen sich auch bei den Verbotsfreistellungen die formellen Schranken nur auf solche, die das GWB selbst zieht. Das hat zur Folge, daß der Gebrauch der Freiheitsrechte auch dann formell zulässig ist, wenn die subjektiv-öffentlichen Rechte auf freie wirtschaftliche Betätigung zwar Verfassungsschranken mißachten, aber innerhalb der formellen Freistellungsgrenzen der Befreiungsvorschriften des GWB gehandhabt werden. Ein Konditionenkartell zum Beispiel ist immer dann formell zulässig, wenn eine grundsätzlich unter das Verbot des § 1 i.Verb.m. § 38 Abs. 1 Ziff. 1 fallende durch § 2 jedoch privilegierte Vereinbarung getroffen worden ist, und zwar unabhängig von der Tatsache, ob nichtkartellgesetzliche Normen gleichzeitig ein Unwerturteil über diese Abrede aussprechen. Die formellen Schranken des mißbrauchstauglichen Gegenstandes bei den einzelnen kartellgesetzlichen Verbotsfreistellungen müssen also wesentlich weiter gefaßt werden, als von BOHNHORST vertreten wird. Die Grenzen zwischen Rechtsüberschreitung und Mißbrauch im Sinne der die Freistellungen betreffenden Normen des GWB liegen nicht dort, wo außerkartellgesetzliche Schranken an die Objekte herangetragen werden, sondern wo das GWB durch die Vorschriften der §§ 1, 15 und 20 Abs. 1 i.Verb.m. § 38 Abs. 1 Ziff. 1 und des § 38 Abs. 2 Satz 2 und durch die jeweiligen Ausnahmebestimmungen selbst festlegt, wann formell eine Freistellung vorliegt.

Das mißbrauchstaugliche Objekt der Verbotsfreistellungen kann also zusammenfassend definiert werden als die freie wirtschaftliche Handlungs- und Betätigungsfreiheit, von der unter Einhaltung der durch die allein maßgeblichen jeweiligen Vorschriften des GWB aufgerichteten Zulässigkeitsschranken Gebrauch gemacht wird.

Bei Verbotsfreistellungen spielen demnach entgegen der Ansicht BOHNHORSTs alle nichtkartellgesetzlichen Unwerturteile, insbesondere aber die der Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG, wie der Vertragsfreiheit als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit,

nicht außerhalb, sondern innerhalb der kartellgesetzlichen Mißbrauchsbeurteilung eine Rolle. Weiterhin ergibt sich aus der hier vertretenen Ansicht von den formellen Schranken des jeweiligen Mißbrauchsobjekts die Folgerung - im Gegensatz zur Auffassung SARNIGHAUSENs -, daß auch kartellgesetzliche Unwerturteile, die außerhalb der formellen Schranken eines grundsätzlich zulässigen Gebrauchsobjekts ausgesprochen werden, für die Frage des Mißbrauchs bedeutsam sind. Bei den Verbotsfreistellungen rücken die Mißbrauchsfälle also gedanklich in die Nähe des Mißbrauchs von Rechtsformen und Rechtsinstituten.[1)]

Da in § 22 allerdings das betreffende Mißbrauchsobjekt durch das GWB nicht formell institutionalisiert ist, kann hier der Mißbrauch, d.h. die materielle Unzulässigkeit des Gebrauchs der Unternehmensfreiheit nur infolge typisch kartellgesetzlicher Unwerturteile eintreten. Bei Freistellungen von den allgemeinen Verboten dagegen sind alle materiellen Unwerturteile, also auch diejenigen nichtkartellgesetzlicher Art unter dem Gesichtspunkt des Institutionsmißbrauchs beachtlich.

Mit diesem Teilergebnis der Mißbrauchsanalyse des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 kann für eine AGB-Kontrolle der KBn gegenüber Konditionenkartellen schon festgestellt werden, daß der Gebrauch

---

1) Dazu siehe Siegwart, Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Freiburg, Schweiz 1936, S. 21 ff., 27 ff., 31 ff.; auch Müller-Freienfels, AcP, Bd. 156, S. 522 ff., 535 ff.; Staudinger-Coing, aaO., § 226 Anm. 1 ff.; als Schranke der Parteiautonomie beschäftigt der Mißbrauch von Rechtsformen und -instituten Lehre und Rechtspr. vor allem im Gesellschaftsrecht zur Abwehr von Versuchen, die vom Gesetz ausgebildeten Typen von Handelsgesellschaften sinnwidrig zu verwenden oder juristische Personen als nur scheinbar selbständige Wirtschaftssubjekte vorzuschieben. (Raiser, Festschr. zum 100-jährigen Best. d.dt. JT., S. 133/34). Hier hat Serick, Rechtsform und Realität jur. Pers., 1955, S. 17 ff., S. 203 ff., den Mißbrauchsgedanken zur Rechtfertigung eines Haftungsdurchgriffs in die Diskussion eingeführt. Vgl. dazu auch Beitzke, JZ 1956, S. 40; Müller-Freienfels, aaO., Anm. 73; Drobnig, Haftungsdurchgriff bei Kapitalges., 1959, S. 94 f.

der wirtschaftlichen Freiheitsrechte der Kartellmitglieder schon bei Verletzung nichtkartellgesetzlicher Rechtswerte eingeschränkt werden kann.

b) Subjektive Begriffsmerkmale in den Mißbrauchstatbeständen des GWB

Da bei den Mißbrauchsbegriffen in anderen Rechtsgebieten subjektive Merkmale bedeutsam sind (z.B. in § 226 BGB), müssen die einzelnen Mißbrauchstatbestände des GWB auf solche subjektiven Kriterien hin untersucht werden.

Im Schrifttum wird einhellig die Meinung vertreten,[1] daß keiner dieser Tatbestände eine Schädigungsabsicht voraussetzt. Demgegenüber wird jedoch vereinzelt angenommen, man müsse den Betroffenen eines Mißbrauchseingriffs Verschulden, d.h. Vorsatz oder wenigstens Fahrlässigkeit vorwerfen können.[2] Diese Ansicht wird von der h.M. zu Recht abgelehnt.[3] In sämtlichen Vorschriften des GWB über behördliche Eingriffe ist niemals von irgendeiner Form des Verschuldens die Rede, vgl. z.B. §§ 6 Abs. 3, 11 Abs. 4 und 5, 12, 17, 18, 20 Abs. 3, 22, 27, 31, 102 Abs. 2 und 3 und 104. Soweit der Gesetzgeber schuldhaftes Verhalten als Tatbestandsmerkmal ansieht, spricht er ausdrücklich von Vorsatz oder Fahrlässigkeit (vgl. §§ 35, 37, 38 und 39).[4] Das Verschulden spielt gem. § 38 Abs. 1 Ziff. 4

---

1) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 12 GWB Anm. 2; Dörinkel, Gem.-Komm., § 12 Anm. 2; ders., WuW 1959, S. 82; Müller-Henneberg, BB 1959, S. 141; Sarnighausen, aaO., S. 106; Tetzner, aaO., S. 28; Schütz, NJW 1958, S. 1850.

2) So Frankf.-Komm., § 22 TZ 49 und v. Hahn, BB 1959, S. 1280 zum Mißbrauchsbegriff des § 22; Völp, WRP 1958, S. 356 zum Mißbrauchsbegriff des § 17 Abs. 1 Ziff. 2.

3) Beschl. des OLG Koblenz v. 21.6.1963 ("Zeitgleiche Summenmessung") WuW/E OLG 612 ff. (613) = WuW 1964, S. 266 ff. (267); Beschl. des BGH v. 24.10.1963 ("Fensterglas IV") WuW/E BGH 588 ff. (591/92) = WuW 1964, S. 654 ff. (657/58); Beschl. des BGH v. 27.11.1964 in BB 1965, S. 264.

4) Dörinkel, WuW 1959, S. 87.

erst dann eine Rolle, wenn ein Mißbrauchseingriff durch die KBn stattgefunden hat, d.h., wenn die auf eine Mißbrauchsvorschrift gestützte Verfügung unanfechtbar geworden ist und die Adressaten dieser Verfügung zuwiderhandeln. Aus der Gesetzessystematik kann also nicht gefolgert werden, daß dem Mißbrauchsbegriff des § 12 ein Verschuldenselement anhaftet.

c) Mißbrauch im Sinne des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 als Anwendungsfall des Sittenverstoßes

Da eine auf § 12 Abs. 1 Ziff. 1 gestützte wirksame AGB-Kontrolle durch die KBn nur dann möglich ist, wenn Mißbrauch im Sinne dieser Vorschrift nicht lediglich ein Anwendungsfall eines Verstoßes gegen die guten Sitten bzw. das Sittengesetz[1] im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG ist, bedarf es der besonderen Prüfung, ob typisch kartellgesetzliche objektive Mißbrauchskriterien mit Verstößen gegen die guten Sitten oder das Sittengesetz identisch sind. Diese Untersuchung hat in den bisherigen Veröffentlichungen zur Auslegung aller kartellgesetzlichen Mißbrauchsbegriffe häufig im Vordergrund gestanden,[2] weil die Übernahme der von der Zivilrechtsprechung auch für den Bereich des Wirtschaftslebens entwickelten

---

1) Das in dem schweren Ausdruck "Sittengesetz" liegende Pathos des GG ist auf die ethische Normallinie zurückzuschrauben, die etwa bei dem praktikablen Rechtsbegriff "gute Sitten" im Sinne des § 138 BGB verläuft (vgl. Dürig, AöR Bd. 79, S. 63 mit Anm. 20; Huber, aaO., Bd. I S. 664; Laufke, Festschr. f. Lehmann 1956, S. 179). Insofern sind die in der Literatur und Praxis zur Auslegung der kartellgesetzlichen Mißbrauchsbegriffe gemachten Unterscheidungen (angeführt bei Sarnighausen, aaO., S. 30 Anm. 3) praktisch bedeutungslos.

2) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 12 GWB Anm. 2; Bartholomeyczik, Gem.-Komm., § 22 Anm. 83; Benisch, WuW 1959, S. 769; Bohnhorst, aaO., Man., 4. Hauptt. VII 5 und 5. Hauptt. V 5; v. Brunn, WuW 1958, S. 141; ders., Gem.-Komm., § 2 Anm. 27; ders., Verwaltungspraxis, S. 24; Dichgans, WuW 1958, S. 660; Dörinkel, WuW 1959, S. 81; Frankf. Komm.; § 22 Tz. 44; v. Hahn, BB 1959, S. 1280; Müller-Henneberg, BB 1959, S. 139; Risse, WuW 1957, S. 755; Schütz, NJW 1958, S. 1849; Vogel, JZ 1958, S. 109.

Grundsätze zum Begriff der guten Sitten den "Vorteil" bietet, daß kein Neuland zu erschließen ist, sondern an bereits Erarbeitetes angeknüpft werden kann.[1)]

Wenn man mit der h.M. davon ausgeht, daß ein Sittenverstoß in einem Verhalten zu erblicken ist, das ethischen Wertvorstellungen aller billig und gerecht Denkenden widerspricht,[2)] so kann zunächst festgestellt werden, daß das GWB in keinem Falle ausdrücklich sittenwidriges Handeln als Eingriffsvoraussetzungen für die KBn bei Mißbrauchseingriffen fordert. Wenn Mißbrauch nichts anderes als ein Anwendungsfall der Sittenwidrigkeit wäre, dann hätte es lediglich eines ausdrücklichen Hinweises des GWB-Gesetzgebers bedurft. Man muß deshalb mit der h.M. und entgegen den Ansichten DICHGANS' und VOGELs[3)] annehmen, daß ein Sittenverstoß nicht als alleiniges Mißbrauchskriterium in Frage kommt.

Das wird jedoch bezüglich der Mißbrauchsregelung des § 22 Abs. 3 von mehreren Autoren bestritten. Diese Bestimmung, die in der a.F. ausdrücklich eine Preis- und Geschäftsbedingungsaufsicht (somit also auch eine AGB-Kontrolle) sowie unter den Voraussetzungen der Ziff. 2 Abs. 3 eine Eingriffsbefugnis bei Kopplungsgeschäften zum Gegenstand hat, verführt anscheinend geradezu dazu, den hier geforderten Begriff "Mißbrauch einer Marktstellung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen" im Sinne des von der Rechtsprechung entwickelten Begriffs vom Monopolmißbrauch auszulegen. Die Bekämpfung des Mißbrauchs marktbeherrschender Stellungen hat das Reichsgericht frühzeitig unter dem Schlagwort "Monopolmißbrauch" in Angriff

---

1) v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 25; Sarnighausen, aaO., S. 31.

2) Vgl. z.B. Coing, NJW 1948, S. 213 ff.

3) Dichgans, WuW 1958, S. 660; Vogel, JZ 1957, S. 111.

genommen.[1] Soweit sich der Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung auf die hier besonders interessierenden AGB bezieht, scheint eine Bezugnahme auf die besondere Fallgruppe des Monopolmißbrauchs durch Anwendung unangemessener AGB als besonders naheliegend angesehen zu werden. So geht BENISCH mit der Begründung, eine angeglichene Auslegung sei mit Rücksicht auf die Einheitlichkeit des Rechts erforderlich, davon aus, daß mißbräuchliches Verhalten im Sinne des § 22 nichts anderes sei, als die Auferlegung "unbilliger, unverhältnismäßiger Bedingungen" im Sinne der Rechtsprechung zu § 138 BGB.[2] Die gleiche Ansicht wird im Frankfurter Kommentar vertreten.[3] Danach ist die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nur mißbräuchlich, "wenn a) sie dem Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden widerspricht und b) das marktbeherrschende Unternehmen im Zeitpunkt des beanstandeten Verhaltens die für die Meinungsbildung der billig und gerecht Denkenden maßgeblichen Tatumstände kannte."[4] Zur Begründung dieser Auffassung wird im wesentlichen darauf hingewiesen, daß das GWB, wenn es dem Begriff des Mißbrauchs marktbeherrschender Stellungen einen anderen Inhalt hätte geben wollen, sich angesichts der eingebürgerten Begriffsbildung (vom Monopolmißbrauch) einer anderen Ausdrucksweise bedient hätte.[5]

---

1) RGZ Bd. 20, S. 117; Bd. 32, S. 342; Bd. 48, S. 127 (Urteil v. 11.4.1901; hier fällt zum erstenmal das Wort von den Unternehmungen, "welche rechtlich oder tatsächlich ein Monopol besitzen"); Bd. 62, S. 266; Bd. 71, S. 170; Bd. 81, S. 320; Bd. 83, S. 14; Bd. 99, S. 109; Bd. 102, S. 397; Bd. 115, S. 218; Bd. 115, S. 255; Bd. 122, S. 166; Bd. 128, S. 96; Bd. 132, S. 273; Bd. 134, S. 350; Bd. 143, S. 28; Bd. 150, S. 1; Bd. 155, S. 285; Bd. 161, S. 81.

2) Benisch, WuW 1956, S. 796.

3) Frankf. Komm., § 22 Anm. 43, abweichend jedoch Einl. D Tz. 46.

4) ebenda, § 22 Anm. 50.

5) ebenda, § 22 Anm. 45.

Das GWB hat es jedoch vermieden, in § 22 vom Monopol und vom Monopolmißbrauch zu reden. Das war nicht nur deshalb zweckmäßig, weil der Ausdruck "Monopol" durch seine Verwendung als politisches Schlagwort (z.B. Monopolkapitalismus) reichlich strapaziert worden ist, sondern weil in der Volkswirtschaftslehre und in der Rechtswissenschaft eine Vielzahl von Theorien über das Wesen und den Inhalt des Monopols entwickelt worden sind, von denen sich die Terminologie des GWB besser abhebt.[1] Aus dieser Tatsache kann geschlossen werden, daß es das GWB geradezu vermeiden wollte, an bestimmte herkömmliche Begriffe anzuknüpfen.

Auch V. HAHN erblickt im Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 22 "nichts anderes als Monopolmißbrauch" im Sinne des zu §§ 138, 826 BGB entwickelten Begriffs, weil die Tatbestände, um die es bei der Umschreibung des marktbeherrschenden Unternehmens gehe, sich im Regelfall mit denen deckten, die bisher allgemein als Monopol bezeichnet würden, oder ihnen zumindest nahe verwandt seien.[2]

Nach SCHMIDT ist unter Berücksichtigung des Grundgedankens des sog. Als-Ob-Wettbewerbs nach anderen objektiven Mißbrauchskriterien zu suchen.[3] Maßstäbe für den Mißbrauch beim Fordern und Anbieten von Preisen liefert seiner Ansicht nach vornehmlich der Gedanke des Als-Ob-Wettbewerbs durch Heranziehung von Vergleichsmärkten für dieselben, gleiche oder gleichartige Güter.[4]

Die Beantwortung der Frage, ob der Mißbrauchstatbestand des § 22 Abs. 3 lediglich ein Anwendungsfall des Sittenverstoßes ist oder nicht, kann letztlich jedoch nur nach einer eingehenden Untersuchung des Zwecks dieser Vorschrift im Zusammenhang mit der Zielsetzung des gesamten Gesetzes erfolgen. Auf den Sinn

---

1) v. Hahn, BB 1959, S. 1280.
2) s. Note 1).
3) Schmidt, WuW 1965, S. 472.
4) Schmidt, aaO., S. 494.

und Zweck des GWB soll jedoch erst später eingegangen werden.[1] In diesem Stadium der Auslegung des Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1, wo neben den anderen Mißbrauchsnormen des GWB auch § 22 Abs. 3 auf seinen Bedeutungsgehalt geprüft werden mußte, braucht jedoch nicht näher hierauf eingegangen zu werden. Nach der Systematik des Gesetzes besteht ein derart wesentlicher Unterschied zwischen der Mißbrauchsnorm des § 22 einerseits und den Mißbrauchsbestimmungen bezüglich der Verbotsfreistellungen (zu denen § 12 Abs. 1 Ziff. 1 zählt) andererseits, daß eine übereinstimmende sich deckende Auslegung beider Normen nicht zwingend ist.

Wenn man davon ausgeht, daß es für den mißbrauchstauglichen Gebrauchsgegenstand jeder Verbotsfreistellung und damit auch für den der Konditionenkartelle gem. § 2 formelle Zulässigkeitsschranken gibt,[2] die die einzelnen Gebrauchsobjekte nach außen hin institutionalisieren (als Kartelle, die eigentlich verboten sind, aber wegen besonderer Umstände ausnahmsweise zulässig sein sollen), und daß das Objekt des Mißbrauchs bei marktbeherrschenden Unternehmen dagegen keine formell gewährte Rechtsposition ist, sondern die Unternehmensfreiheit schlechthin, muß man zu Unterschieden bei der Analyse dieser Mißbrauchsnormen gelangen. Ein formell zulässiges Kartell, das einen Sittenverstoß begeht, überschreitet nicht seine äußerlichen Institutionsschranken, es kann also nur vom Innern der Rechtsposition her wegen der Existenz der §§ 138 BGB und 1 UWG und des Art. 2 Abs. 1 2. Halbsatz GG materiell unzulässig, also mißbräuchlich sein. Bei § 22 Abs. 3 dagegen liegen die Verhältnisse anders. Hier liegt kein formell durch das GWB abgegrenztes institutionalisiertes Gebrauchsobjekt vor. Hier kann lediglich die Unternehmensfreiheit schlechthin mißbraucht werden, so daß fraglich erscheinen kann, ob ein Sittenverstoß gleichzeitig ein Verstoß gegen die materiell geschützten Güter des GWB bedeutet.

---

1) s.u. S.151 ff.

2) s.o. S.117 ff.

Als Teilergebnis der logisch-systematischen Auslegung des Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 kann mithin festgehalten werden:

1. Alle innerhalb und außerhalb des GWB ausgesprochenen Unwerturteile, also auch die Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB bzw. Art. 2 Abs. 1 2. Halbsatz GG, können den formell zulässigen Gebrauch bei Konditionenvereinbarungen als mißbräuchlich erscheinen lassen.
2. Ob bei § 12 Abs. 1 Ziff. 1 ein Verstoß gegen das Sittengesetz als typisch kartellgesetzliches Unwerturteil anzusehen ist, kann nur aus dem Sinn und Zweck des GWB und des § 12 ermittelt und nicht aus einer logisch-systematischen Auslegung gefolgert werden.

d) Objektive Mißbrauchskriterien, die sich neben dem Institutionsmißbrauch aus typisch kartellgesetzlichen Wertmaßstäben ergeben

Nachdem festgestellt wurde, daß nur mit Hilfe der teleologischen Auslegung ermittelt werden kann, ob Mißbrauch im Sinne des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 nach typisch kartellgesetzlichen Unwerturteilen ein Fall des Sittenverstoßes ist, stellt sich an dieser Stelle noch die Frage: Ergeben sich aus der Systematik des Gesetzes neben dem Gesichtspunkt des Institutionsmißbrauchs irgendwelche Anhaltspunkte dafür, welche konkreten Beurteilungsmaßstäbe bei der Auslegung des Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit Konditionenkartellen nach rein kartellgesetzlichen Werturteilen angelegt werden können?

In Betracht kommen könnte die Kompensation der vom Gesetzgeber als erstrebenswert angesehenen und durch ausnahmsweise Zulassung bestimmter Arten von Wettbewerbsbeschränkungen regelmäßig eintretenden wirtschaftlichen Vorteile durch gewisse Nachteile (etwa für die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl), wobei die Nachteile regelmäßig schon in den vom Gesetz generell mißbilligten Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 1, 15 und 20 Abs. 1)

bestehen,[1] (vom GWB aber um der damit verbundenen Vorteile willen hingenommen werden) und die speziell bei Konditionenkartellen u.a. in der erheblichen Abweichung vom dispositiven Recht des BGB und des HGB zugunsten der AGB-anwendenden Kartellmitglieder bestehen können.

Daß das GWB bestimmte wirtschaftliche Nachteile zur Erzielung höher bewerteter Vorteile in Kauf nimmt, geht aus der Betrachtung einiger materieller Bestimmungen hervor, in denen das Gesetz selbst Zweckmäßigkeitsurteile von Fall zu Fall ausspricht und die Rangfolge der Zwecke und Werte festlegt. So geht das Gesetz bei der Freistellung der erlaubnisbedürftigen Kartellarten gem. §§ 4, 5 Abs. 2 und 3, 6 Abs. 2, 7 und 8 offensichtlich von bestimmten Vorstellungen aus, denen - wie teilweise schon aus dem Gesetzeswortlaut hervorgeht - eine Abwägung zwischen wirtschaftspolitischen Vor- und Nachteilen zugrunde liegt.

Im Falle des § 4 darf der Wettbewerb notfalls völlig ausgeschaltet werden, wenn dadurch in einer Strukturkrise Schäden für die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl abgewendet oder in möglichst engen Grenzen gehalten werden können.

Nach § 5 Abs. 2 erteilt die KB die Erlaubnis für Rationalisierungskartelle, wenn damit eine im Interesse der Allgemeinheit wünschenswerte Rationalisierung (wegen Verbesserung der Bedarfsdeckung) erlangt werden kann und der Rationalisierungserfolg in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung steht. Sogar die Erlaubnis für ein Syndikat (§ 5 Abs. 3) oder für ein Rationalisierungskartell mit Preisabsprachen darf erteilt werden, wenn der Rationalisierungszweck auf andere Weise nicht erlangt werden kann und wenn die Rationalisierung im Interesse der Allgemeinheit erwünscht ist. Außerdem soll auch hier der Rationalisierungs-

1) Daß das GWB den Wettbewerb als Institution schützt, wird unten S. 151 f. bei der teleologischen Auslegung noch ausgeführt.

erfolg in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung stehen.

Wettbewerbsbeschränkungen gem. § 6 Abs. 2 (Exportkartelle mit Inlandswirkung) können deshalb zugelassen werden, weil sich der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen von der Sicherung und Förderung der Ausfuhr die Erlangung von Vorteilen für das Wohl der Allgemeinheit verspricht, die die Nachteile der durch Abschluß von Exportkartellverträgen oder -beschlüssen eintretenden Wettbewerbsbeschränkungen zumindest aufwiegen.

§ 7 läßt Wettbewerbsbeschränkungen, die den Import betreffen, zu, weil anders eine Abwehr gegen ausländische Kartelle oder Monopole oft nicht möglich ist.

Schließlich ermöglicht die Generalklausel des § 8 eine Befreiung vom generellen Kartellverbot des § 1, wenn eine Erlaubniserteilung aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig oder zur Abwehr einer unmittelbaren Gefahr für den Bestand eines überwiegenden Teils von Unternehmen eines Wirtschaftszweiges unter den besonderen Voraussetzungen des Abs. 2 erforderlich ist.

Ebenso wie bei diesen erlaubnisbedürftigen Wettbewerbsbeschränkungen hat sich der Gesetzgeber bei den Vorschriften über die Anmelde- und Widerspruchskartelle von ganz bestimmten Vorstellungen leiten lassen. Das wurde für Konditionenkartelle darzulegen versucht.[1)] Aber auch die Zulassung der mit Rabatt- (§ 3), Normen- und Typenkartellen (§ 5 Abs. 1), Leistungsbeschreibungs- und Preisaufgliederungsvereinbarungen (§ 5 Abs. 4), Spezialisierungskartellen (§ 5 a) und Exportkartellen ohne Inlandswirkungen (§ 6 Abs. 1) verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen beruht auf der Vorstellung, daß es sich hier um Wettbewerbsbeschränkungen geringerer Art, die oft den Hauptleistungswettbewerb fördern, oder aber um solche Kartelle handelt, die der

1) s.o. S.110 ff.

Sicherung und Förderung der Ausfuhr dienen und nur den Wettbewerb auf Auslandsmärkten regeln. Für Rabattkartelle enthielt der Reg.-Entw. zunächst keine Ausnahmebestimmung. Seine Zulassung wurde erstmalig vom Wirtschaftspolitischen Ausschuß der 1. Wahlper. vorgeschlagen,[1] vom Bundesrat jedoch abgelehnt, weil Rabatte (Handelsspannen) Preisbestandteile und oft ein wesentliches Mittel im Wettbewerb seien.[2] Nachdem die Zulassung des Rabattkartells zunächst in der ersten Lesung des Wirtsch.-politischen Ausschusses der 2. Wahlper. ebenfalls abgelehnt wurde,[3] wurde ihr in der zweiten Lesung zugestimmt[4] und in dieser Form später vom Bundestag beschlossen.[5] Aus den Beratungen um den abschließenden Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses geht hervor, daß das Rabattkartell u.a. ebenso wie das Konditionenkartell zugelassen werden sollte, "um die Markttransparenz zu fördern".[6] Auch hier duldet also der Gesetzgeber die durch Zulassung von Rabattkartellen eintretenden Wettbewerbsbeschränkungen nur um der Erlangung eines Vorteils willen, den er höher bewertet als die Nachteile in Gestalt von Beschränkungen des Wettbewerbs. Bei den Normen- und Typenvereinbarungen (§ 5 Abs. 1) und bei den Angebotsschemavereinbarungen (§ 5 Abs. 4) liegen die Verhältnisse ähnlich. Die allgemein anerkannten betriebs- und volkswirtschaftlichen Vorteile, die die Normenverwendung und Typenbeschränkung und die Schematisierung durch Leistungsbeschreibung und Preisaufgliederung (insbes. in der Bauwirtschaft und anderen Wirtschaftsbereichen, in denen regelmäßig keine gleichartigen Waren

---

1) Zur Entstehungsgeschichte vgl. Sölter, Gem.-Komm., § 3 Anm. 1 ff.;

2) BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 1158, Anl. 2 S. 2.

3) Protokolle des Wirtsch.-pol. Aussch., 2. Wahlper., Nr. 63, 84 und 85.

4) Protokolle des Wirtsch.-pol. Aussch., 2. Wahlper., Nr. 147, 148 und 149.

5) Verhdlg. d. Dt. BT., Sitz.-prot., 2. Wahlper., 222 Sitzung vom 3.7.1957, S. 13130.

6) Schriftl. Bericht des Wirtsch.-pol. Aussch., BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 3644, Anl. 1 S. 16.

oder gewerblichen Leistungen nachgefragt werden) zur Folge haben, haben den Gesetzgeber veranlaßt, diesbezügliche Vereinbarungen wegen ihrer Nützlichkeit zuzulassen, weil er die damit verbundenen Vorteile für die Gesamtwirtschaft höher bewertet als die Nachteile.

Spezialisierungsvereinbarungen im Sinne von § 5 a stellen in vielen Fällen die wichtigste Voraussetzung für volkswirtschaftlich wünschenswerte Rationalisierungsmaßnahmen dar. Aus diesem Grunde hat das Änderungsgesetz vom 15.9.1965 die Aufnahme dieser Bestimmung in den Ausnahmekatalog der Widerspruchskartelle eingereiht.

In § 6 Abs. 1 konnte der Gesetzgeber Exportkartelle ohne Inlandswirkung zulassen, weil der Abschluß solcher Exportkartellverträge oder -beschlüsse in der Regel keine wirtschaftlichen Nachteile innerhalb des Geltungsbereichs des GWB mit sich bringt.

Die Ausnahmebestimmung des § 16 nimmt in der Systematik des Gesetzes keine andere Stellung ein. Auch hier wird eine Ausnahme - in diesem Falle vom Verbot der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen gem. § 15 - für Preisbindungen von Markenwaren und Verlagserzeugnissen zugelassen, weil der Gesetzgeber trotz der sich durch die Freistellung ergebenden Nachteile für die Gesamtwirtschaft die Vorteile, die ein Festpreissystem für Markenartikel und Verlagserzeugnisse mit sich bringt, für schwerwiegender erachtete.[1)2)]

---

1) Begründung zum Reg.-Ent., BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 1158 Anl. 1 zu § 11 Reg.-Entw. und schriftl. Bericht des Wirtsch.-pol. Aussch., BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 3644 Anl. 1 zu § 10 Reg.-Entw.

2) Über das Für und Wider des Festpreissystems bei Markenwaren siehe Lutz, MA 1950, S. 91; Meyer, Ordo Bd. VI (1954), S. 133 ff.; Mellerowicz, MA 1959, S. 203; Capelle, BB 1955, S. 781 ff., 919 ff.; BKA, Tätigkeitsbericht 1960, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 2734, S. 112 ff.

Eine Durchbrechung des Empfehlungsverbots gem. § 38 Abs. 2 Satz 2 in § 38 Abs. 3 für Spezialisierungsempfehlungen konnte durch die Novelle vom 15.9.1965 aus den gleichen Gründen zugelassenwerden, die für die Freistellung von Spezialisierungsvereinbarungen vom Kartellverbot des § 1 sprachen.

Die in den §§ 99 ff. aufgezählten Wirtschaftsbereiche sind durch den Gesetzgeber von der Anwendung der GWB-Vorschriften ganz oder teilweise freigestellt worden, weil er davon ausging, daß eine unbeschränkte Anwendung des Gesetzes auf diese Wirtschaftszweige, die z.T. schon in erheblichem Umfange der Regelung durch Gesetze und Verordnungen unterworfen sind, wegen ihrer strukturellen Besonderheiten ökonomischer und technischer Natur nicht nur keine Vorteile, sondern eher Nachteile für unser Wirtschaftsleben zur Folge haben würde.[1)]

Da das Gesetz jeder Ausnahme sowohl vom generellen Kartellverbot (§ 1) und vom vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbot (§ 15) als auch von der völligen oder teilweisen Anwendung des gesamten GWB schlechthin eigene Mißbrauchsvorschriften zugeordnet hat - den Bestimmungen der §§ 2 ff. die §§ 11 und 12, der Vorschrift des § 16 den § 17, der des § 20 Abs. 1 die §§ 20 Abs. 2 und 3 und 21, der Bestimmung des § 38 Abs. 3 Satz 1 die des Satzes 5 und den Regeln der §§ 99 ff. die §§ 102 Abs. 2 und 104 - muß aus dieser Systematik der Wille des Gesetzgebers geschlossen werden, daß von diesen ausnahmsweise zugelassenen, regelmäßig mit bestimmten Vorteilen verbundenen und nur deshalb, also nicht um ihrer selbst willen geduldeten Wettbewerbsbeschränkungen, Gefahren dergestalt ausgehen konnten, daß die vom Gesetz durch deren Zulassung angestrebten wirtschaftspolitisch wünschenswerten Erfolge durch schwererwiegende Nachteile kompensiert werden, und daß er sich deshalb Eingriffsbefugnisse für die Fälle des Aufwiegens der Vorteile durch Nachteile vorbehalten wollte.

---

1) Begründung zum Reg.-Ent. BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 1158 Anl. 1 zu §§ 74 ff. Reg.-Entw.; schriftl. Bericht des Wirtsch.-pol. Aussch., BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 3644 Anl. 1 zu §§ 74 ff. Reg.-Entw.

Die für die inhaltliche Auslegung des Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 entscheidende Frage lautet: Welcher Art müssen die Nachteile sein, die über die durch Vereinheitlichung von AGB ohnehin schon auftretenden Nachteile in Form von Wettbewerbsbeschränkungen hinausgehen und bei deren Vorliegen die Vorteile der Markttransparenz als aufgewogen betrachtet werden müssen?

Die KVO verlangte eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls. Das GWB zählt in den §§ 3 ff. eine Reihe verschiedener Nachteile und Gefahren auf, die es bei der Zulassung bestimmter Wettbewerbsbeschränkungen beachtet wissen will. Von einer "Berücksichtigung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls" bzw. von "überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls" ist dagegen nur in den §§ 4 und 8 die Rede. Wenn nun in diesen Vorschriften ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des GWB seinen Niederschlag gefunden hätte und seine Heranziehung zur Auslegung des Mißbrauchsbegriffs nach § 12 als geboten erschiene und wenn die Einzelziele, deren Erlangung der Wirtschaftspolitische Ausschuß bei der Zulassung der Konditionenkartelle im Auge gehabt hat,[1] unter dem Gesichtspunkt dieses Grundsatzes betrachtet werden müßten, dann stünden die Ergebnisse der historischen mit denen der logisch-systematischen Auslegung im Einklang.

Die Interpretation eines unbestimmten Rechtsbegriffs, der nur durch einen sehr kleinen Begriffskern und durch einen ungewöhnlich großen Begriffshof gekennzeichnet ist,[2] muß nötigenfalls unter Zuhilfenahme allgemeiner Rechtsgrundsätze erfolgen.[3] Nach MÜLLER-HENNEBERG ist grundsätzlich, wo immer das GWB von Mißbrauch spricht, derselbe Tatbestand gemeint, den

1) s.o. S. 112 ff.

2) Engisch, Einführung in das juristische Denken (1956), S. 108.

3) Enn.-Nipperdey, aaO., § 50 II 1.

§ 4 KVO durch die Worte "Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls" begrenzt.[1] Nach seiner Ansicht wird also das GWB von diesem allgemeinen in §§ 4 und 8 ausdrücklich normierten Rechtsgrundsatz beherrscht. Auch SÖLTER sieht keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen der Formulierung in § 8 Abs. 1 und den Grundvoraussetzungen, die zur Aufnahme der Ausnahmen gem. §§ 2 - 7 geführt haben. Nach der Konzeption des GWB sei der Wettbewerb die Regel und dessen Beschränkung nur ausnahmsweise zugelassen worden, wenn dies aus "überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig" sei. Während bei den §§ 2 - 7 dieser Grundsatz in der speziellen Art der zugelassenen Kartellverträge und -beschlüsse konkretisiert sei, habe in der sogenannten Generalklausel des § 8 zwangsläufig nur diese allgemeine Formel verwendet werden können.[2]

Dieser Ansicht ist zuzustimmen, zumal der Grundsatz von der Vorrangigkeit der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls nicht nur ausnahmsweise in einer einzelnen Bestimmung, nämlich der Generalklausel des § 8, sondern auch in der Vorschrift des § 4 seinen Niederschlag gefunden hat.

Nun ist dieser Grundsatz bei der Anwendung der Mißbrauchsaufsicht ebenso schwierig zu handhaben wie seinerzeit bei Geltung der KVO, weil die Begriffe "Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl" sehr vielgestaltig und ihrerseits wertausfüllungsbedürftig sind und weil bei deren Anwendung den KBn ein gewisser Beurteilungsspielraum (Spielraum des sog. kognitiven Ermessens) gegeben ist. Jedoch kann gesagt werden: Der Begriff des Gemeinwohls ist gegenüber dem der Gesamtwirtschaft kein völlig verschiedener, sondern ein übergeordneter, umfassenderer Begriff.[3] Er findet sich auch in § 62 GmbHG und § 81 GenG,

1) Müller-Henneberg, BB 1959, S. 141.

2) Sölter, Gem.-Komm., § 8 Anm. 5.

3) Callmann, aaO., S. 285; Friedländer, aaO., S. 75; Raiser, AGB, S. 280; Tschierschky, Isay-Tschierschky, aaO., Einl. S. 67.

während in den §§ 4, 9 und 19 KVO und schließlich auch in den §§ 4 und 8 GWB von dem Begriffspaar "Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl" die Rede ist. Hier täuscht das Nebeneinander beider Ausdrücke eine nicht vorhandene Gleichordnung vor. Der Begriff Gemeinwohl enthält sowohl wirtschaftliche als auch staatspolitische, soziale, soziologische, ethische und kulturelle Elemente und ist letztlich nur nach der herrschenden gesellschaftlichen Auffassung zu bestimmen. Da diese im Wandel der Zeiten Schwankungen unterworfen ist, ist auch eine Änderung des Wesensgehalts des Gemeinwohls möglich.[1] Als höchster Bewertungsmaßstab verbleibt heute schließlich die aus dem Grundgesetz zu ermittelnde Staatszielsetzung.[2]

Der Begriff der Gesamtwirtschaft ergibt sich bei Ausklammerung der wirtschaftlichen Seite des Gemeinwohls und beinhaltet vorwiegend Vorgänge der Gütererzeugung, des Güterumlaufs und des Güterkonsums.[3] Das bedeutet, daß immer dann, wenn tatbestandlich gesamtwirtschaftliche Voraussetzungen vorliegen, zugleich die Voraussetzungen des Gemeinwohls erfüllt sind, falls nicht andere Elemente des Gemeinwohls entgegenstehen. Daraus wiederum folgt, daß in diesem Falle nur untersucht zu werden braucht, ob die Interessen der Gesamtwirtschaft nicht durch soziale, soziologische, ethische oder kulturelle Elemente abgeschwächt werden.[4]

Eine Interpretation des Begriffspaares "Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl" wird von den KBn ausdrücklich bei der Anwendung der Vorschriften der §§ 4 und 8 gefordert. Erst ihre Praxis und die Rechtsprechung werden hier einen genaueren normativen Gehalt der Begriffe herausarbeiten können. Die vollständige Aufzählung aller Grundsätze, deren Befolgung im Interesse der

---

1) Sölter, Gem.-Komm., § 4 Anm. 8.
2) Würdinger, WuW 1958, S. 392.
3) s. Note 1).
4) Sölter, Gem.-Komm., § 4 Anm. 8.

Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls liegen und deren Verletzung sich gegen sie richtet, ist kaum möglich.[1] Als Beispiele übergeordneter Prinzipien nennt GIESE den Schutz der Freiheit, die Erhaltung des Wettbewerbs, die Förderung der Produktivität, die Erhaltung des gewerblichen Mittelstandes und die Verhinderung der Bildung unkontrollierter Macht.[2] Außerdem kann unter dem Gesichtspunkt des Vorranges des Gemeinwohls die Rücksichtnahme auf die Erhaltung von Arbeitsplätzen erheblich sein.[3]

Wenn die KBn bei ihren Entscheidungen im Wege der Mißbrauchsaufsicht dem Grundsatz vom Vorrang der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls Geltung verschaffen müssen, dann erscheint es selbstverständlich, daß sie den Eintritt eines effektiven Schadens nicht abzuwarten brauchen, sondern ihn zu verhüten haben. Es muß genügen, wenn ein Schadenseintritt mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.[4]

Alles in allem kann also die Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls als wichtigster Fall kartellgesetzlich mißbilligter Nachteile angesehen werden. Es steht folglich kein Hindernis im Wege, den Grundsatz vom Vorrang der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls auch zur Auslegung des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit Konditionenkartellen heranzuziehen. Das führt zu dem Ergebnis, daß ein Konditionenkartell stets dann seine Marktstellung mißbraucht, wenn seine Verträge oder Beschlüsse oder die Art ihrer Durchführung eine Gefahr für die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl zur Folge haben. Auch das besondere Anliegen des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, die Verhinderung der Ausnutzung der durch den Zusammenschluß mehrerer Unternehmen gewachsenen Marktmacht durch erhebliche Abweichungen vom dispositiven Recht des BGB und des HGB, läßt sich

1) Sölter, Gem.-Komm., § 4 Anm. 8.

2) Giese, Das deutsche Bundesrecht, III A 20 S. 56.

3) Begründung zum Reg.-Entw. BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 1158, Anl. 1 zu § 2 Reg.-Entw.; Langen, aaO., § 4 Anm. III 3; Müller-Gries, aaO., § 4 Anm. 5.

4) Vgl. Sarnighausen, aaO., S. 48/49 mit weiteren Einzelheiten.

unter dem Gesichtspunkt der Formel vom Vorrang der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls im Recht des GWB verwirklichen. Die einseitige Verlagerung der vom BGB und HGB entsprechend typischer Interessenlagen zwischen bestimmten Vertragspartnern verteilten Rechte und Pflichten zugunsten der Mitglieder eines über eine gewisse Marktmacht verfügenden Konditionenkartells ist stets wenigstens gesamtwirtschaftspolitisch relevant, weil gegenüber vereinheitlichten AGB nicht nur ein einzelner Individualrechtsgeschäftspartner, sondern ganze Wirtschaftsbereiche schutzbedürftig sind.[1)]

Da schon RAISER zur Zeit der Geltung der KVO vom Boden des Wirtschaftsverwaltungsrechts aus, dessen Grundkonzeption ja gerade in den §§ 4 und 10 KVO auf dem Vorrang der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls beruhte, eine unmittelbare Grenze für die Vertragsfreiheit und damit für die Ausgestaltung von AGB in der Gemeinschaftswidrigkeit erblickt,[2)] ist in diesem Mißbrauchskriterium des Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 eine typisch kartellgesetzliche AGB-Kontrollschranke zu sehen, die den KBn eine wirksame Handhabe gegenüber kartellmäßig festgelegten unlauteren AGB gewähren könnte.

e) Ergebnis

Als Ergebnis der logisch-systematischen Auslegung können zum Mißbrauchsbegriff des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Hinblick auf Konditionenkartelle folgende Aussagen getroffen werden:

1. Das mißbrauchstaugliche Gebrauchsobjekt bei § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit Konditionenkartellen besteht in den wirtschaftlichen Freiheitsrechten, vornehmlich gem. Art. 2 Abs. 1 und 9 Abs. 1 GG, die innerhalb der durch die formellen Tatbestandsmerkmale des § 2 institutionalisierten Schranken ausgeübt werden.
2. Alle innerhalb und außerhalb des GWB ausgesprochenen Unwerturteile über den formell zulässigen Gebrauch dieser Freiheitsrechte lassen den Gebrauch unter dem Gesichtspunkt

---

1) Näheres zur Subsumtion s.u. S. 195 ff.

2) Raiser, AGB, S. 277 ff. (S. 279/280).

des Institutionsmißbrauchs als Mißbrauch erscheinen.

3. Der Mißbrauchstatbestand des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 setzt nach kartellgesetzlichen Wertmaßstäben keine subjektiven Begriffselemente voraus.

4. Nach GWB-eigenem Unwerturteil ist Mißbrauch nicht lediglich ein Anwendungsfall des Sittenverstoßes.

5. Die Kompensation der mit der Schaffung des § 2 angestrebten Einzelvorteile durch gewisse Nachteile, insbesondere für die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl, ist ein typisch kartellgesetzliches Unwerturteil, das den formell zulässigen Gebrauch der wirtschaftlichen Freiheitsrechte in Mißbrauch umschlagen läßt.

4. Die teleologische Auslegung

Letzte und wichtigste Teiluntersuchung bei der Auslegung des Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit Konditionenkartellen ist die Sinn- und Zweckermittlung dieser Vorschrift; "cessante ratione cessat lex ipsa", höher als der Wortlaut des Gesetzes steht sein Zweck und Sinn.[1)]

Dabei muß sowohl von der Zielsetzung des GWB als ganzem als auch von der ratio ausgegangen werden, die den Vorschriften der §§ 2 und 12 Abs. 1 Ziff. 1 innewohnt, weil eine Ausnahme nur dann richtig gedeutet werden kann, wenn die Regel bekannt ist.

a) Sinn und Zweck des GWB, insbes. der Wettbewerbsbeschränkungsverbote

Um Aufgaben und Ziele des GWB als eines einheitlichen Gesetzeswerkes zu erkennen, gilt es in erster Linie, seine Schutzgüter zu ermitteln. Das GWB hat auf eine Definition seiner Schutz-

---

1) RGZ Bd. 142, S. 40; ähnlich BGHZ Bd. 2, S. 184.

gegenstände verzichtet. Die Rechtslehre[1] hat im wesentlichen zwei Gesetzesziele herausgearbeitet, die im Bereich der Wirtschaft eine freiheitliche Ordnung gewährleisten sollen: der Schutz des Wettbewerbs als Institution und der Freiheitsschutz der einzelnen Marktteilnehmer. Der anfängliche Theorienstreit, ob allein der Institutionsschutz als Vollzug einer reinen wirtschaftspolitischen Zweckentscheidung[2] oder allein der Individualschutz[3] als Vollzug der Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 1 GG vom GWB bezweckt werde, dürfte inzwischen zugunsten einer Mittelmeinung entschieden sein, wonach die beiden genannten Ziele gleichberechtigt nebeneinander stehen.[4] Als feststehend dürfte auf jeden Fall angesehen werden, daß der Wettbewerb entweder als Mittel zum Zwecke des Individualschutzes oder als Selbstzweck um seiner selbst willen vom GWB geschützt wird.

Da das GWB den Begriff des Wettbewerbs voraussetzt und nicht definiert, soll zunächst aufgezeigt werden, was unter Wettbewerb zu verstehen ist. Das Phänomen des wirtschaftlichen Wettbewerbs ist mit dem Wettbewerb im sportlichen, beruflichen oder politischen Sinne vergleichbar, insofern nämlich, als es sich um ein gleichzeitiges Streben mehrerer nach einem gemein-

---

1) Der BGH hat sich zu dieser Frage bisher noch nicht eindeutig geäußert; vgl. BGHZ Bd. 31, S. 105 = NJW 1960, S. 145.

2) So Ballerstedt, JZ 1956, S. 271; Benisch, WuW 1956, S. 483; Rasch, aaO., § 1 Anm. 2 und § 35 Anm. 2; Strickrodt, WuW 1957, S. 75 ff. (89 ff.); für die Dekartellierungsgesetze Würdinger, WuW 1953, S. 721 und im Anschluß an ihn BGHZ Bd. 13, S. 33 = NJW 1954, S. 917 = WuW 1954, S. 452.

3) So Fikentscher, aaO., S. 227, 230; ders., BB 1956, S. 793; Lukes, Kartellvertrag, S. 28 ff., 184 ff., 299, 302.

4) Baumbach-Hefermehl, aaO., Einl. zum GWB Anm. 1 - 6; Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung und Grundsatzfragen, S. 11 ff.; Brugger, WuW 1959, S. 467; Christl, BB 1960, S. 298 Note 10; Flume, WuW 1956, S. 457 ff. (467); Frankf. Komm., Einl. D Tz. 45; Günther, GRUR 1958, S. 575; ders., WuW 1958, S. 379; ders., WuW 1960, S. 747; Koenigs, GRUR 1958, S. 589; ders., NJW 1961, S. 1041.

samen Ziel handelt. Im Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses wird der ökonomische Wettbewerb deshalb als jede Art wirtschaftlicher Handlung definiert, die darauf gerichtet ist, "sich im wirtschaftlichen Kampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen".[1] Nach der Begründung zum Reg.-Entw. ist als Wettbewerb "das Streben zu betrachten, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen."[2] Unter Anlehnung an volkswirtschaftliche Begriffe definieren BORCHARD-FIKENTSCHER den Wettbewerb im Sinne des GWB als "das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen".[3]

Das Bemühen zweier oder mehrerer Unternehmer um das "Geschäft",[4] um den Absatz oder Bezug, um den Gewinn, den Vorteil, kennzeichnet also den wirtschaftlichen Wettbewerb.[5] Dabei spielt der Preis- und Qualitätswettbewerb naturgemäß die wichtigste Rolle (sog. Hauptleistungswettbewerb); es gehören aber auch andere Wettbewerbselemente - wie Service, Werbung usw. - zum Wesen des Wettbewerbs (sog. Nebenleistungswettbewerb).[6] Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Wettbewerbs besteht vor

---

1) Bericht des Wirtsch.-pol. Aussch., BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 3644, Anlage 1 S. 15.

2) Begründung zum Reg.-Entw., BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 1158, Anlage 1, S. 31.

3) Borchard-Fikentscher, aaO., S. 15.

4) Ottel, WuW 1953, S. 72.

5) Baumbach-Hefermehl, aaO., Allg. II Anm. 2.

6) Zum Wesen des wirtschaftlichen Wettbewerbs vgl. auch Schmitz, NJW 1957, S. 1704 ff.; Frankf. Komm., Einl. C Tz. 1 - 99; Müller-Henneberg, Gem.-Komm., Einf. S. 60 f und § 1 Anm. 20 ff.

allem in seiner Funktion, die Versorgung der Allgemeinheit mit Gütern und Leistungen nach dem jeweils günstigsten Stand von Technik und Wirtschaft zu gewährleisten.[1] Damit erweist er sich als Instrument zur Förderung privaten und öffentlichen Wohlstandes. Ein Wertprinzip, das durch den Schutz des Wettbewerbs verwirklicht werden soll, ist also die Erlangung des größten Nutzeffektes für die Gesamtwirtschaft.[2]

Wenn das GWB in seinen Generalnormen §§ 1, 15 und 20 Abs. 1 deshalb Beschränkungen des Wettbewerbs durch bestimmte Wirtschaftssubjekte untersagt, dann will es verhindern, daß ein ökonomisches Postulat mißachtet wird, das den Wettbewerb als notwendiges Element einer durch Angebot und Nachfrage über den Preis gesteuerten Marktwirtschaft ansieht.[3]

Unter einer Wettbewerbsbeschränkung kann zweierlei verstanden werden. Einmal kann damit die Verhinderung, Verringerung oder Beseitigung des selbständigen Strebens sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) gemeint sein, ohne daß es dadurch zu einer Minderung in der Bereitstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen für Dritte (Kunden) kommt (hier handelt es sich um eine sogenannte "formale Wettbewerbsbeschränkung" im Sinne BORCHARD-FIKENTSCHERs[4] und BRUGGERs[5]). Zum anderen kann eine solche formale Wettbewerbsbeschränkung das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen durch Beschränkung

---

1) Borchard-Fikentscher, aaO., S. 26 f.

2) Baumbach-Hefermehl, aaO., Einl. zum GWB, Anm. 4.

3) Insofern dient das GWB der Erfüllung ökonomischer Forderungen an eine Wirtschaftsordnung, wie sie von den Autoren der "neoliberalen" oder "Freiburger Schule" erhoben worden sind. (Eucken, Böhm, Erhard, Hayeck, Miksch, Müller-Armack, Roepke, Rüstow) Vgl. Müller-Henneberg, Gem.-Komm., Einf. III, S. 55.

4) Borchard-Fikentscher, aaO., S. 27; Fikentscher, aaO., S. 47.

5) Brugger, WuW 1959, S. 478.

der dem Kunden offenstehenden Alternativen beeinträchtigen (sog. materielle[1] oder objektive[2] Wettbewerbsbeschränkung).

Da Art. 2 Abs. 1 GG die Vertragsfreiheit gewährleistet und eine formale Wettbewerbsbeschränkung, bei der die selbständige Geschäftsplanung eines Mitbewerbers auf freiwilliger Ebene beseitigt wird, aber weder die Rechte anderer verletzt, noch gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt, kann nur die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit Dritter, denen die Möglichkeit nach günstigen Geschäftsbedingungen und freier Auswahl ihrer Vertragspartner genommen wird, also die materielle Wettbewerbsbeschränkung, von dem Unwerturteil des GWB betroffen werden.[3]

Wettbewerbsbeschränkungen in diesem Sinne werden vom GWB bekämpft. Das Gesetz will, daß der Wettbewerb als Erscheinung des wirtschaftlichen Zusammenlebens die Marktpartner zwingt, im fortgesetzten Leistungsvergleich mit ihren Konkurrenten, billiger, besser, schneller oder auf neuere Weise Leistungen zum Wohle der Allgemeinheit zu erbringen.

Nach CHRISTL[4] erfüllt der Wettbewerb im Rahmen der nach marktwirtschaftlichen Prinzipien organisierten Volkswirtschaft drei wesentliche Funktionen:

1. ist der Wettbewerb Ordnungs- und Steuerungsfaktor, indem er die knappheitsorientierte Preisbildung für Waren und gewerbliche Leistungen steuert und eine gesamtwirtschaftlich sinnvolle Lenkung der Erzeugung und des Absatzes sowie eine leistungsgerechte Einkommensverteilung sicherstellt;

---

1) Borchard-Fikentscher, aaO., S. 27; Fikentscher, aaO., S. 47 f.

2) Brugger, WuW 1959, S. 478.

3) Brugger, WuW 1959, S. 479/80; Fikentscher, aaO., S. 85.

4) Christl, BB 1960, S. 297/98.

2. ist er Antriebsfaktor, weil er wirtschaftliche Individuen veranlaßt, als Anbieter oder Nachfrager auf den verschiedenen Märkten aufzutreten und sie zwingt, sich dort bei wechselnden Marktlagen durch Mobilisierung schöpferischer Kräfte bezüglich rationeller Produktion, neuer Waren und Leistungen usw. vorteilhaft zu behaupten;

3. wirkt der Wettbewerb als Mittel zur Steigerung des wirtschaftlichen Wohlstandes aller Wirtschaftsteilnehmer, weil er hinsichtlich der angebotenen Waren und Leistungen allgemein und auf lange Sicht qualitätssteigernde und kosten- und preissenkende Wirkung hat.

Da beim Tausch von Gütern oder Leistungen jeder regelmäßig mit den Dispositionen anderer Marktteilnehmer rechnen muß, die ebenfalls bemüht sind, einen bestimmten Tausch vorzunehmen, muß sich das Handeln jedes Einzelnen jeweils an den Mitbewerbern orientieren und wird wesentlich von deren vermutetem Handeln bestimmt. Damit ist jeder Marktteilnehmer fortgesetzt zu Entscheidungen aufgefordert, die durch Gewinne belohnt werden, wenn sie sich als richtig erweisen; falsche Entscheidungen finden in Verlusten ihren Niederschlag.[1] Dieses mit jedem echten Wettbewerb verbundene Verlustrisiko ist für den einzelnen Mitbewerber Anlaß, wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zu ergreifen, die zwar seiner Vorteilswahrung dienen, aber zu Lasten des Gesamtwohls erfolgen.

Wenn nun das GWB in seinen Generalnormen Wettbewerbsbeschränkungen bekämpft und damit das Recht der betroffenen Unternehmen auf Wettbewerbsfreiheit einschränkt, dann verfolgt es den Zweck, den Wettbewerb als Mittel zur Erreichung bedeutsamer volkswirtschaftlicher Ziele zu schützen.

Der Sinn und Zweck des GWB erschöpft sich jedoch nicht allein in der Wohlstandsförderung; das Gesetz strebt auch noch höhere

---

1) BKA, Tätigkeitsbericht 1958, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 1000, S. 7/8.

Ziele an.[1] Insbesondere will es den Schutz der Handlungsfreiheit des Einzelnen als Vollzug der Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 1 GG sichern, denn "künstliche Beschränkungen des Wettbewerbs gefährden die freie Betätigung unbeteiligter Dritter und beeinträchtigen ihre Eigensphäre als Person".[2] Ein geordneter und gesicherter Wettbewerb erweist sich also als eine Angelegenheit von verfassungspolitischer Bedeutung. Indem der Gesetzgeber sich auf die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung konzentriert, zieht er die Folgerung aus der Einsicht, daß "wirtschaftliche Freiheit allgemeine Freiheit" und "wirtschaftliche Abhängigkeit allgemeine Abhängigkeit" bedeuten.[3]

Wie aus den Generalnormen des GWB hervorgeht, soll einmal Mitbewerbern grundsätzlich die Möglichkeit offenstehen, Geschäftsbedingungen den Kunden möglichst günstig anzubieten, um durch Kundschaft möglichst viel zu verdienen, zum anderen sollen die Kunden grundsätzlich in der Wahl zwischen den angebotenen Alternativen frei sein.[4] Das GWB schützt also die Wettbewerbsfreiheit und dient somit dem Vollzug der Freiheitsgarantie gem. Art. 2 Abs. 1 GG auf dem Gebiete wirtschaftlicher Betätigung. Das GWB ist weiterhin eine notwendige Ergänzung unserer auf Vertragsfreiheit und Privatautonomie basierenden Privatrechtsordnung; denn die Vertragsfreiheit und die Privatautonomie, die Vertragspartner gleicher Stärke voraussetzen, aber durch die Konzentration wirtschaftlicher Macht in Frage gestellt werden können, sollen durch das Gesetz gewährleistet werden.[5] Dadurch, daß das GWB in § 1 den Abschluß

---

1) Biedenkopf, Grundsatzfragen, S. 28.

2) Baumbach-Hefermehl, aaO., Einl. z. GWB Anm. 5.

3) Günther, WuW 1958, S. 379 ff. (391) = MA 1958, S. 397 ff. (411).

4) Fikentscher, aaO., S. 227.

5) Koenigs, NJW 1961, S. 1041.

von Kartellverträgen und -beschlüssen untersagt und damit den beteiligten Unternehmen verbietet, den Inhalt der Verträge der Kartellmitglieder mit Dritten verbindlich, also normenähnlich festzulegen,[1] trägt es dazu bei, das Walten der allein legitimen, demokratisch kontrollierten Macht vor eigennützigen Einflüssen unkontrollierter Wirtschaftsmacht und damit den Rechtsstaat zu schützen.

b) Sinn und Zweck der Verbotsfreistellungen, insbes. der Ausnahmen vom Kartellverbot des § 1

Durch Schaffung von Verbotsausnahmen in den §§ 2 - 8, 16, 20 Abs. 2 und 3, 21, 38 Abs. 3 und 99 ff. hat der Gesetzgeber sich von Fall zu Fall für eine Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips ausgesprochen und damit zu erkennen gegeben, daß er um der Erreichung spezieller Ziele willen nicht starr an dem Grundsatz der wettbewerbsorientierten Marktwirtschaft festhalten wollte, weil aus "verschiedensten Gründen - historischen, technischen, strukturmäßigen Gegebenheiten - "[2] der Wettbewerb hier nicht das Mittel zur Leistungssteigerung oder Fortschrittsförderung ist. Anderen Zwecksetzungen wie z.B. Strukturkrisenüberbrückung (§ 4), Förderung der Rationalisierung (§ 5) oder Förderung des Exports (§ 6) usw. gibt das Gesetz hier den Vorzug. Der Gesetzgeber wollte sich nicht der Gefahr eines wirklichkeitsfremden Schematismus aussetzen und wirtschaftliche Schäden heraufbeschwören, indem er eines theoretischen Prinzips wegen auf allen Märkten vollständigen Wettbewerb aufrecht erhielt und wieder herstellte.[3] In diesen Fällen hält das GWB also die Möglichkeit offen, daß bestimmte

---

1) Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkungen und Grundsatzfragen, S. 11, spricht daher von Normenverträgen, Lukes, Kartellvertrag, S. 28 ff., S. 184 ff., 299, 302, von Verträgen mit Außen- oder Reflexwirkungen.

2) Begründung zum Reg.-Entw., BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 1158 Anl. 1 S. 22.

3) s. Note 2).

Unternehmen Wettbewerbsbeschränkungen unterworfen bzw. zu einem nichtwettbewerblichen Verhalten befugt sind. Das Ausmaß und Gewicht der auf diese Weise herbeigeführten Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips sind z.T. so groß, daß sie eine ernste Gefahr für die Wettbewerbsordnung überhaupt bilden.[1] Wenn sich also der GWB-Gesetzgeber entschloß, für bestimmte Fälle ein solch weitgehendes Zugeständnis zu machen, dann erachtete er die Einzelziele für höherwertiger als die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs und den Schutz der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit der am Wettbewerb als Geschehensablauf beteiligten Personen.

Entsprechend seiner Grundkonzeption läßt das GWB in keinem Falle eine Wettbewerbsbeschränkung um ihrer selbst willen zu, sondern nur dann, wenn diese zur Erfüllung eines wirtschaftspolitisch wünschenswerten Erfolges unabdingbar ist. "Es soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt."[2] Soweit Ausnahmen vom generellen Kartellverbot durch die Freistellungen zugelassen werden, steht den dadurch hingenommenen Nachteilen in Gestalt von Wettbewerbsbeschränkungen ein Vorteil gegenüber, der bei völlig freiem Wettbewerb nicht oder nur schwer erreichbar wäre.[3]

Sinn und Zweck der Freistellungsnormen bestehen also stets in dem Erstreben solcher Nutzeffekte, die das GWB in vielen Einzelfällen für höherwertiger erachtet als das für das Wohl der Wirtschafts- und Sozialordnung so bedeutsame Wettbewerbsprinzip. Das Gesetz verlangt folglich, daß sich wettbewerbs-

---

1) Hirsch, aaO., S. 1, folgert daraus sogar, daß man nicht von einem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, sondern von einem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen sprechen sollte.

2) Begründung zum Reg.-Entw., BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 1158 Anl. 1, S. 15; vgl. hierzu auch Günther, WuW 1958, S. 379 ff.; ders., WuW 1960, S. 747 ff.

3) Beschl. d. BKA v. 30.12.1959 - 1. Beschl.-Abt. - ("Röhrenhersteller"), WuW/E BKartA 119 ff. (129) = WuW 1960, S. 209 ff. (219).

beschränkende Vereinbarungen so reibungsarm in das marktwirtschaftliche Gefüge und den Wirtschaftsablauf einordnen sollen, wie das ihrer Natur nach überhaupt möglich ist.[1)]

Mit allen ausnahmsweise zugelassenen Wettbewerbsbeschränkungen verfolgt das GWB infolgedessen stets den Zweck, zum einen den Grundsatzvorschriften zur Verhinderung der mißbilligten Wettbewerbsbeschränkungen und zum anderen den materiellen wirtschaftlichen Einzelzielsetzungen gerecht zu werden, für deren Erlangung das GWB das Maß zulässiger Wettbewerbsbeschränkungen von Fall zu Fall angemessen dosiert. Das bedeutet, daß entgegen der Ansicht BENISCHs[2)] auch die Regeln der §§ 2 ff. sehr wohl unter einer ratio interpretiert werden können, die der Zielsetzung des § 1 und des gesamten Gesetzes zugrunde liegt, weil die Proportion zwischen Vor- und Nachteilen in den Freistellungsnormen nicht bei alleiniger Berücksichtigung der erstrebten Vorteile, sondern immer nur im Zusammenhang mit den gleichzeitig auftretenden Nachteilen richtig erkannt und gewürdigt werden kann.

c) Sinn und Zweck des § 2

Bei der Schaffung des § 2 ging der Gesetzgeber davon aus, daß "Konditionen" häufig den Geschäftsabschluß vereinfachen, die Vergleichbarkeit der Angebote fördern, die Vertragsabwicklung erleichtern und oft wettbewerbsfördernden Charakter haben.[3)] Außerdem ließ er sich von der Überzeugung leiten, "daß Konditionenkartelle Kartellabmachungen geringerer Art seien, bei denen lediglich darauf geachtet werden müsse, daß unmittelbare Wirkungen auf den Preis nicht eintreten und daß die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung durch die Vorteile der vorherigen Prüfung der Konditionen und ihrer Vereinheit-

---

1) Christl, BB 1960, S. 298.

2) Benisch, WuW 1959, S. 776.

3) Änderungsvorschläge des Bundesrates, BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 1158 Anl. 2, S. 60.

lichung mindestens aufgewogen werden."[1)]

Diese Begründungen der mit der Gesetzgebungsarbeit betrauten Institutionen sind nicht ganz eindeutig. So sind insbesondere die Erwägungen des Bundesrates, denen sich der Wirtschaftspolitische Ausschuß im Grundsatz anschloß,[2)] wenn nicht irrig, so doch mißverständlich. Er verwechselte nämlich die Funktionen der AGB schlechthin mit denen der AGB-Absprachen. Die Vereinfachung von Geschäftsabschlüssen und die Erleichterung von Vertragsabwicklungen liegt allein in der Natur der AGB schlechthin und nicht im Wesen einer AGB-Absprache begründet. Lediglich die Förderung der Vergleichbarkeit von Angeboten, der sog. Markttransparenz, und die damit verbundene Förderung des Hauptleistungswettbewerbs (Preis- und Qualitätswettbewerb) zählen zu den Funktionen, die ein Konditionenkartell erfüllen kann.

Der Rationalisierungseffekt des vereinfachten Geschäftsabschlusses und der erleichterten Vertragsabwicklung kann von jedem AGB-anwendenden Unternehmen auch ohne Kartellvereinbarungen erzielt werden; allein die Steigerung der Markttransparenz und die Konzentrierung des Preis- und Qualitätswettbewerbs kann durch die Festlegung einheitlicher AGB erreicht werden. Es sprechen also weniger Gründe für die Zulassung von Konditionenvereinbarungen, als der Gesetzgeber angenommen zu haben scheint.

Die weiteren Argumente des Gesetzgebers, daß Konditionenkartelle Kartellabsprachen geringerer Art seien und daß deshalb der Wettbewerb auf dem Sektor der AGB mit Rücksicht auf die Möglichkeit vorheriger Prüfung Beschränkungen unterworfen werden dürfe, sind dagegen einleuchtend.

---

1) Schriftl. Bericht des Wirtsch.-pol. Aussch., BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 3644 Anl. 1, S. 15.

2) s. Note 1).

Von der Gesetzeswirklichkeit ausgehend stellt sich also der Sinn und Zweck des § 2 so dar, daß bei Ausschaltung des Nebenleistungswettbewerbs bezüglich der in AGB geregelten Punkte durch deren kartellmäßige Festlegung die Markttransparenz gefördert werden soll, indem das Hauptaugenmerk der von der Absprache betroffenen Einzelrechtsgeschäftspartner der Kartellmitglieder auf den Preis und die Qualität der angebotenen Güter oder Leistungen gelenkt wird.[1] Diese Ausnahme vom Kartellverbot des § 1 erweist sich auch insofern als sinnvoll, als die Einzelvertragspartner regelmäßig in ihrer Fähigkeit überfordert sind, qualitativ und quantitativ unterschiedlich ausgestaltete AGB-Kataloge mehrerer Anbieter bzw. Nachfrager auf ihre rechtliche und wirtschaftliche Tragweite hin zu bewerten. Die in ihrer AGB-Bewertungsfähigkeit überforderten Individualrechtsgeschäftspartner können bei vereinheitlichten AGB ihre Aufmerksamkeit auf den Preis und die Qualität konzentrieren, womit also auf dem Sektor des Hauptleistungswettbewerbs eine Wettbewerbssteigerung eintritt.

Da das Gesetz in § 2 Abs. 2 und 3 ausdrücklich die Mitwirkung der Betroffenen und der KBn bei dem Abschluß eines Konditionenkartellvertrages oder -beschlusses vorgeschrieben hat, kann davon ausgegangen werden, daß das GWB die vorherige AGB-Kontrolle als bedeutsamen Vorteil ansieht, der die Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips in diesem Falle ebenfalls gerechtfertigt erscheinen läßt.

Insgesamt betrachtet bezweckt also die Freistellungsvorschrift des § 2 die Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils und die Besserstellung der Verbraucher. Angesichts dieser vom GWB in § 2 verfolgten Nutzeffekte glaubt BOHNHORST[2] annehmen zu

---

1) Vgl. auch Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 2 GWB Anm. 2; v. Brunn, Gem.-Komm., § 2 Anm. 4; ders., WuW 1958, S. 135; Dörinkel, WuW 1952, S. 625; Lanzenberger, WRP 1958, S. 193; Müller-Gries, aaO., § 2 Anm. 1; Rasch, aaO., § 2 Anm. 1.

2) Bohnhorst, aaO., Man. 4. Hauptt., V 4.

müssen, eine Konditionenabsprache enthalte überhaupt keine materielle Wettbewerbsbeschränkung, da sie den Verbraucher ja besser stelle. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden, denn bei der Prüfung, ob eine materielle Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, kann eine "Per-Saldo-Betrachtungsweise" nicht ausschlaggebend sein. Entscheidend ist allein die Tatsache, daß zunächst durch eine Konditionenkartellabsprache das Inaussichtstellen möglichst günstiger AGB durch Beschränkung der den Einzelvertragspartnern offenstehenden Alternativen beeinträchtigt wird. Daß sich dabei gleichzeitig für sie regelmäßig Vorteile anderer Art erschließen können, die qualitativ bewertet die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkungen aufwiegen können, kann den Charakter dieser materiellen Wettbewerbsbeschränkung nicht zu einer bloß formalen abändern. Wenn BOHNHORST den Mißbrauch u.a. mit dem Begriff "materielle Wettbewerbsbeschränkung" definiert,[1] dann vertritt er im Ergebnis die gleiche Auffassung wie in der vorliegenden Arbeit, beschwört jedoch eine Verwechslungsgefahr mit den Begriffen BORCHARD-FIKENTSCHERs herauf.

Im Ergebnis kann also als Sinn und Zweck des § 2 die Erzielung gesteigerter Markttransparenz bei Aufgabe des Wettbewerbs auf dem Sektor der AGB und bei deren vorheriger Kontrolle durch die KBn festgehalten werden.

d) Sinn und Zweck der Mißbrauchsregelungen bei Verbotsausnahmen

Aus der Tatsache, daß das GWB allen Verbotsfreistellungsnormen ausnahmslos eine Mißbrauchsvorschrift zugeordnet hat - den §§ 2 - 8 die §§ 11 Abs. 5 Ziff. 2 und 12 Abs. 1 Ziff. 1, dem § 16 den § 17, den §§ 20 Abs. 2 und 3 und 21 den § 20 Abs. 3 Satz 2, dem § 38 Abs. 3 Satz 1 den Satz 5 und den §§ 99 ff. die §§ 102 Abs. 2 und 104 Abs. 1 -, kann geschlossen werden, daß alle Mißbrauchsnormen den Sinn und Zweck haben, den Wert-

1) Bohnhorst, aaO., Man. 4. Hauptt., V 3 und 6. Hauptt. Zur Kritik an der Terminologie Bohnhorsts vgl. auch Sarnighausen, aaO., S. 59 ff.

entscheidungen des Gesetzes in den einzelnen Ausnahmevorschriften zur Durchsetzung zu verhelfen. Das bedeutet, daß die betroffenen Wirtschaftssubjekte, die von ihrem Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung zwar innerhalb der durch die Tatbestandsmerkmale der Verbotsausnahmen umrissenen formellen Grenzen Gebrauch machen, aber der Ziel- und Zwecksetzung der jeweiligen Freistellungsnormen zuwiderhandeln, ihre Rechtsposition mißbrauchen.[1)]

Da es dem Sinn und Zweck der Verbotsausnahmebestimmungen entspricht, gewisse Einzelziele durch Inkaufnehmen angemessen dosierter Wettbewerbsbeschränkungen zu erlangen, kann Mißbrauch im Sinne der den Freistellungsvorschriften zugeordneten Mißbrauchsregeln also auf zweierlei Art und Weise herbeigeführt werden, einmal durch Hervorrufen unangemessener Nachteile trotz Erlangung der vom GWB erstrebten Einzelvorteile, zum anderen aber auch durch Hervorrufen relativ geringfügiger Nachteile ohne gleichzeitige Herbeiführung der mit Schaffung der Freistellungsnormen bezweckten jeweiligen Vorteile.

Als bedeutsamster Nachteil muß dabei angesehen werden, daß von den formell zulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, die ohnehin vom GWB grundsätzlich als nachteilig angesehen und nur zur Erlangung spezieller Einzelziele geduldet werden, eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls ausgeht. Denn wenn aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des

---

1) Diese Ansicht wird auch vom BGH vertreten. In einem Beschluß vom 27.11.1964 ("Zeitgleiche Summenmessung"), WuW/E BGH 655 = WuW 1965, S. 517, führt er aus, daß die Frage, ob ein Mißbrauch einer Freistellung vorliege, aus dem Sinn und Zweck des Kartellverbots und den Gründen der Freistellung von diesem Verbot beurteilt werden müsse. Eine wettbewerbsbeschränkende Vertragsbestimmung oder ihre Durchführung stelle einen Mißbrauch dar, wenn sie oder ihre Durchführung nach den besonderen Umständen des Einzelfalles dem Sinn und Zweck der Freistellung widerspricht. Zustimmend Jung, NJW 1965, S. 1117.

Gemeinwohls der Wettbewerb (im Falle des § 8 sogar auch bezüglich des Hauptleistungswettbewerbs[1]) beschränkt werden kann, dann müssen diese Beschränkungen auch bei Gefahr für die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl wieder aufgehoben werden können.

Aus der Feststellung, daß diejenigen Wirtschaftssubjekte mißbräuchlich handeln, die von ihrem Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung innerhalb der durch die Tatbestandsmerkmale der Verbotsausnahmen umrissenen formellen Grenzen Gebrauch machen, jedoch der Ziel- und Zwecksetzung der jeweiligen Freistellungsnorm zuwiderhandeln, kann nicht geschlossen werden, daß die KBn eine Wettbewerbsbeschränkung dulden (d.h. genehmigen oder durch Ablauf der Widerspruchsfrist wirksam werden lassen) müssen, wenn die beteiligten Wirtschaftssubjekte gleichzeitig zwar nicht gegen kartellgesetzliche Wertprinzipien verstoßen, aber doch andere, außerhalb des GWB von der Rechtsordnung ausgesprochene Unwerturteile, insbes. die des Art. 2 Abs. 1 2. Halbsatz GG mißachten. Sollen die KBn als staatliche Hoheitsträger ein formell zulässiges Kartell obrigkeitlich - etwa durch Genehmigung - sanktionieren, obwohl der Unternehmenszusammenschluß offensichtlich mit den Zielsetzungen außerkartellrechtlicher Normen nicht in Einklang steht? Sollen die KBn nicht einschreiten dürfen, wenn der Kartellvertrag offensichtlich gegen die guten Sitten verstößt? In diesen Fällen, in denen zwar keine Verstöße gegen typisch kartellgesetzliche Unwerturteile vorliegen, müssen die KBn jedoch verhindern können, daß die formell zulässigen, gleichsam institutionalisierten Verbotsfreistellungen dazu ausgenutzt werden, z.B. einem Kartell u.U. mit Hilfe staatlicher Hoheitsträger äußerlich den Anschein einer vom GWB und damit von der Rechtsordnung gebilligten Rechtsposition zu verleihen.

Es ist deshalb dem BKA beizupflichten, wenn es in einem förm-

---

1) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 8 GWB Anm. 1.

lichen Beschluß[1] eindeutig erklärt, Mißbrauch im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 2 liege nicht nur dann vor, wenn eine vertikale Preisbindung dazu benutzt werde, um einen dem Sinn und Zweck des GWB zuwiderlaufenden Erfolg zu erreichen, sondern auch dann, wenn sie allgemeine Rechtssätze verletze, die dem Schutz der Allgemeinheit und damit des Verbrauchers dienen.

Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht soll der Erhaltung oder Herstellung oder Ordnung auf dem Wettbewerbsmarkt dienen und ohne Sühnetendenzen den betroffenen Wirtschaftssubjekten aufgeben, den beanstandeten Mißbrauch abzustellen.[2] Die KBn würden gelähmt, wollte man ihnen ein untaugliches Kampfmittel an die Hand geben. Untauglich aber wäre eine Mißbrauchsaufsicht, die nur bei schuldhaften Handlungen die Möglichkeit hätte, Verstöße gegen die Wettbewerbsordnung zu verfolgen.[3]

Der Sinn und Zweck der Mißbrauchsbestimmungen kann nur darin gesehen werden, vom GWB objektiv Mißbilligtes zu beseitigen und nicht die betroffenen Unternehmen als Täter einer vorwerfbaren Handlung zu verfolgen. Die kartellbehördliche Mißbrauchsaufsicht betrifft keine Delikte, die Strafen oder Schadensersatzpflichten nach sich ziehen; auf eine Berücksichtigung von Täterpersönlichkeiten kommt es jedoch nur im Deliktsrecht an.[4] Im GWB spielen Verschuldensfragen erst dann eine Rolle, wenn

---

1) Beschl. des BKA v. 6.7.1961, - Einspr.-Abt. - ("Armbanduhren II"), WuW/E BKartA 373 ff. (374) = WuW 1961, S. 729 ff. (730).

2) Baumbach-Hefermehl, zu § 12 GWB, Anm. 2; Dörinkel, WuW 1959, S. 87; Müller-Henneberg, BB 1959, S. 141; Rasch, aaO., S. 126; Sarnighausen, aaO., S. 108 f.

3) Sarnighausen, aaO., S. 109.

4) Sarnighausen, aaO., S. 108, aA. Frankf. Komm., § 22, Tz 49; v. Hahn, BB 1959, S. 1280; Völp, WRP 1958, S. 356.

jemand einer unanfechtbar gewordenen Verfügung der Behörde, die auf einer Mißbrauchsvorschrift beruht, zuwiderhandelt. Dann ist gem. § 38 Abs. 1 Ziff. 4 für die Verhängung einer Geldbuße Vorsatz oder Fahrlässigkeit erforderlich. Für die Erhaltung einer Marktordnung muß ähnliches gelten wie für die Erhaltung der öffentlichen Ordnung im Sinne des Polizeirechts,[1] wo eine "Störer-"eigenschaft allein von objektiven Voraussetzungen abhängt.[2] Die ratio legis in den Mißbrauchsnormen des GWB spricht also allein für eine objektive Auslegung der Mißbrauchsbegriffe.[3]

Der BGH hat 1954 festgestellt, daß innerhalb der in der Marktwirtschaft bestehenden Wettbewerbsfreiheit das UWG die Anwendung unlauterer (= sittenwidriger) Wettbewerbsmethoden bekämpfe, während das Kartellrecht den Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Marktwirtschaft bezwecke.[4] Dieser Ansicht ist zuzustimmen, weil nicht jede nach Kartellrecht unzulässige Beeinträchtigung des Wettbewerbs als Institution auch eine Maßnahme unsittlichen Wettbewerbs und umgekehrt nicht jeder Sittenverstoß einen Angriff gegen die Wettbewerbsfreiheit darstellt. Das GWB will seinem Wesen nach keine Ergänzung des bürgerlichen Vertragsrechts vornehmen, sondern mit öffentlich-rechtlichen Mitteln einen Wettbewerbsmarkt aufrechterhalten und nicht z.B. einen Unternehmer gegen unlautere Machenschaften schützen; es ist im allgemeinen nicht Sinn eines Gesetzes, eine bereits ausreichend geregelte Materie nochmals zu regeln.[5] Diese h.M.[6] über das Verhältnis der Zielsetzung

---

1) Sarnighausen, aaO., S. 109 f.

2) Drews-Wacke, aaO., S. 207 ff. u. 233 ff.

3) So auch das BKA im Beschl. v. 30.12.1959 - 1. Beschl.-Abt. - ("Röhrendirekthändler"), WuW/E BKartA 119 ff. (129) = WuW 1960, S. 209 ff. (219).

4) BGHZ Bd. 13, S. 33 ff. (37).

5) Schütz, NJW 1958, S. 1850; ebenso Risse, WuW 1957, S. 755 f.

6) s.o. logisch-systematische Auslegung S. 135 ff.

des GWB schlechthin zum Sittenschutz besagt jedoch nicht zwingend, daß die Mißbrauchsnormen ebenfalls im Sinne der Gesamtzielsetzung interpretiert werden müßten. Es kommt vielmehr darauf an, welchem Zweck gerade diese Bestimmungen dienen sollen. Aus der Tatsache, daß jeder Verbotsausnahmevorschrift jeweils eine Mißbrauchsnorm zugeordnet ist, muß gefolgert werden, daß diese eine Überwachungsfunktion zum Zwecke der Verwirklichung der in den Freistellungen enthaltenen Wertentscheidungen des Gesetzes zu erfüllen haben. Insofern stellen die Mißbrauchsnormen Sicherungen dar, mit denen die Verbotsfreistellungen versehen sind.[1] Das Bemühen des Gesetzgebers, die Verbotsausnahmen durch noch so präzise formulierte Tatbestandsmerkmale zu umreißen, kann nicht in jedem Falle gewährleisten, daß die Verwirklichung dieser gesetzlich festgelegten Tatbestandsmerkmale auch tatsächlich den mit der Schaffung der Norm bezweckten Nutzeffekt herbeiführt. Nur die Generalklauseln der Mißbrauchsregelungen können sicherstellen, daß der Zweck der Verbotsfreistellungen auch tatsächlich erreicht wird und daß somit eine Durchbrechung der Verbotsnormen materiell sinnvoll erscheint. Bei der Interpretation der den Freistellungen zugeordneten Mißbrauchsnormen müssen also insbesondere die mit den Ausnahmeregelungen verfolgten und von der Zweckbestimmung der Generalnormen abweichenden Einzelziele beachtet werden.

Bei der Auslegung der Mißbrauchsvorschriften der §§ 18 und 22 muß allerdings vornehmlich auf die Gesamtzielsetzung des GWB zurückgegriffen werden,[2] weil in diesen Bestimmungen keine generellen Verbotsprinzipien zugunsten bestimmter Einzelziele aufgegeben werden.

---

1) Schütz, NJW 1958, S. 1849.

2) Aber auch hier glauben einige Autoren (Dichgans, WuW 1958, S. 660; Frankf. Komm., § 22 Tz. 44; v. Hahn, BB 1959, S. 1280 ff.) auf das Sittengesetz zurückgreifen zu müssen, weil nur das Kriterium der Sittenwidrigkeit eine totale Rechtsunsicherheit verhüten könne. Dazu vgl. die überzeugenden Gegenargumente bei Dörinkel, Gem.-Komm., § 12 Anm. 2; ders., WuW 1959, S. 81 ff.; Müller-Henneberg, BB 1959, S. 139 ff.; Sarnighausen, aaO., S. 38 ff.

Aus diesen Feststellungen kann aber nicht gefolgert werden, daß die Verhinderung eines Sittenverstoßes in keinem Falle zu den Aufgaben einer dieser Mißbrauchsnormen zählen kann. Das GWB steht zwar in einem antinomischen Spannungsverhältnis zu Normen des Freiheitsschutzes, die ebenso wie das GWB die Handlungsfreiheit des Einzelnen zum Schutz der Handlungsfreiheit anderer Rechtsgenossen oder von Interessen der Allgemeinheit einschränken,[1] und aus dem Sinn und Zweck weder der Generalnormen noch der Ausnahmeregeln lassen sich typisch kartellgesetzliche Unwerturteile gegen Sittenverstöße herleiten, weil dort keine dahingehenden ethischen Werturteile ausgesprochen oder moralische Vorwürfe erhoben werden, doch läßt sich unter dem Gesichtspunkt des Institutionsmißbrauchs ein Mißbrauchseingriff der KBn wegen Sittenwidrigkeit bei den formell zulässigen Verbotsfreistellungen rechtfertigen. Vom GWB sind die Verbotsfreistellungen institutionalisiert, und die bestimmten Wirtschaftssubjekten zugestandenen Rechtspositionen erlangen in vielen Fällen sogar erst durch kartellbehördliche Hoheitsakte (Erlaubniserteilung, Mitwirkung nach Anmeldung oder Anzeige) ihre Wirksamkeit. Es kann nicht Sinn und Zweck dieser Freistellungsnormen sein, Sittenverstöße, die im Rahmen kartellgesetzlich institutionalisierter Rechtspositionen begangen werden, evtl. sogar mit Hilfe staatlicher Mitwirkung den äußerlichen Anschein der Rechtmäßigkeit zu verleihen.[2][3]

---

1) Koenigs, NJW 1961, S. 1041 ff. (1042) mit weiteren Literaturhinweisen.

2) Für das Institut der Preisbindung hat das BKA durch Beschluß ausdrücklich hervorgehoben, daß dessen Ausnutzung mißbräuchlich im Sinne von § 17 Abs. 1 Nr. 2 sei, wenn die Preisbindung dazu benutzt werde, etwas Unzulässiges und Verbotenes durchzusetzen; Beschl. des BKA v. 9.12.1964 - 3. Beschl.-Abt. - ("Tapetenpreisbindung"), WuW/E BKartA 883 ff., (884 u. 896) = WuW 1965, S. 411 ff. (412 u. 424).

3) Bartholomeyczik, Gem.-Komm. § 22 Anm. 81 ff. (82), bestimmt deshalb unter dem gleichen Gesichtspunkt auch den Mißbrauchsbegriff gem. § 22 als "institutionswidriges Verhalten", wobei er unter dem Rechtsinstitut den Wettbewerb im Wirtschaftssystem der sozialen Marktwirtschaft schlechthin erblickt.

e) Sinn und Zweck des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit Konditionenkartellen gem. § 2

Da § 2 der § 12 Abs. 1 Ziff. 1 zugeordnet ist, muß der Sinn dieser Mißbrauchsnorm in erster Linie in einer Überwachungsfunktion zum Zwecke der Wertverwirklichung der ratio legis in § 2 erblickt werden. Die Freistellung eines Konditionenkartells von der Generalnorm des § 1 hat der Gesetzgeber insofern nicht uneingeschränkt vorgenommen. Die Privilegierung des § 2 kann nicht losgelöst von § 12 beurteilt werden. Nur solche Absprachen über die einheitliche Anwendung von AGB werden vom GWB geduldet, die zuvor gem. § 2 Abs. 3 von den KBn geprüft worden sind. Die KBn aber haben die Verträge und Beschlüsse daraufhin zu untersuchen, ob diese es verdienen, von der Anordnung des § 1 ausgenommen zu werden, ob sie also den Wertvorstellungen des Gesetzgebers für die Privilegierung des § 2 gerecht werden. Das bedeutet, daß die KBn im Wege der Mißbrauchsaufsicht in denjenigen Fällen gegenüber formell zulässigen Konditionenkartellen einzuschreiten haben, in denen die durch die Kartellierung eintretenden Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Sektor der AGB nicht gleichzeitig einen Vorteil in Gestalt gesteigerten Hauptleistungswettbewerbs mit sich bringen. Wenn z.B. ein Preis- oder Qualitätswettbewerb auf einem bestimmten Markt überhaupt nicht besteht, etwa weil die Art der Erzeugnisse genormt ist und für sie einheitliche Preise festgelegt sind, dann würde eine Konditionenabsprache den Nebenleistungenswettbewerb auf dem Gebiete der AGB beschränken, ohne den Hauptleistungswettbewerb fördern zu können; es würde also evtl. der letztmögliche Wettbewerb ausgeschlossen werden, ohne daß diese nachteiligen Wirkungen auf dem entsprechenden Markt gleichzeitig einen wünschenswerten Nutzeffekt erzielen könnten. Ein solcher Fall würde also dem Sinn und Zweck des § 2 nicht gerecht und somit den Mißbrauchstatbestand des

§ 12 Abs. 1 Ziff. 1 erfüllen.[1)]

Das Verhältnis zwischen von von § 2 bezweckten Vorteilen (Steigerung des Hauptleistungswettbewerbs durch Förderung der Markttransparenz) und den in Kauf genommenen Nachteilen (Wettbewerbsbeschränkung auf dem Sektor der AGB) kann aber auch dadurch zuungunsten der Vorteile verschoben werden, daß auf der "Passivseite" ein über die durch AGB-Absprachen herbeigeführten Wettbewerbsbeschränkungen hinausgehender Nachteil auftritt, den das GWB entsprechend seiner Grundkonzeption oder seiner an einzelnen Gesetzesstellen ausgesprochenen Unwerturteile nicht dulden kann.

---

1) Das BKA hat diesem Grundsatz entsprechend einem angemeldeten Konditionen- und Rabattkartell der "Gemeinschaft der Hersteller von Ersatzfedern für Straßenfahrzeuge" gegenüber Bedenken geäußert, so daß die Anmeldung von den Anmeldern zurückgezogen wurde; Presseinformation des BKA v. 14.4.1959, WuW 1959, S. 515 = BB 1959, S. 431.
Aber auch in förmlichen Beschlußverfahren hat das BKA zu Recht auf Mißbrauch erkannt, wenn durch eine formell zulässige Kartellabsprache gem. §§ 2 ff. der letztmögliche Wettbewerb ausgeschlossen wurde oder durch Kumulationen mehrerer zulässiger Wettbewerbsbeschränkungen ein ähnlicher Erfolg eintreten konnte:
Beschl. des BKA v. 4.8.1958 - 2. Beschl.-Abt. - ("Tapeten"), WuW/E BKartA 11 ff. (14) = WuW 1958, S. 637 ff. (640);
Beschl. des BKA v. 14.4.1959 - Einspr.-Abt. - ("Tapeten"), WuW/E BKartA 31 ff. (36 ff.) = WuW 1959, S. 455 ff. (460 ff.);
Beschl. des BKA v. 23.4.1959 - 2. Beschl.-Abt. - ("Öfen"), WuW/E BKartA 41 ff. (44 ff.) = WuW 1959, S. 595 ff. (598 ff.);
Beschl. des BKA v. 30.12.1959 - 1. Beschl.-Abt. - ("Röhrenhersteller"), WuW/E BKartA 119 ff. (126 ff.) = WuW 1960, S. 209 ff. (216 ff.);
Beschl. des BKA v. 11.1.1960 - 1. Beschl.-Abt. - ("Röhrendirekthändler"), WuW/E BKartA 131 ff. (137 ff.) = WuW 1960, S. 221 ff. (227 ff.);
Beschl. des BKA v. 7.3.1960 - 4. Beschl.-Abt. - ("Fensterglas"), WuW/E BKartA 188 ff. (189 ff.) = WuW 1960, S. 574 ff. (575 ff.);
Beschl. des BKA v. 22.12.1960 - Einspr.-Abt. - ("Fensterglas"), WuW/E BKartA 281 ff. (283 ff.) = WuW 1961, S. 121 ff. (123 ff.).

Zu diesen Fällen würde beispielsweise die Ausübung der Konditionenkartellfunktion durch einen Wirtschaftsverband zählen; denn ein solches Kartell würde gegen den Grundsatz der Freiwilligkeit des Beitritts gem. §§ 11 Abs. 2 Satz 2 und 25 Abs. 2 Ziff. 1 verstoßen.[1)]

Weiterhin sind hier die Fälle zu nennen, in denen eine formell zulässige AGB-Absprache mit einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung gekoppelt wird, so daß die an der Abrede Beteiligten zugleich gegen andere Verbotsbestimmungen, etwa z.B. die des § 1[2)] - weil nicht alle Vereinbarungen unter § 2 oder unter andere Privilegierungen fallen - oder die des § 26 Abs. 2[3)] verstoßen.

---

1) Das BKA hat somit zu Recht auf Mißbrauch erkannt, als es über die Anmeldung eines kombinierten Konditionen-Rabatt-Kartells des Temperguß-Fittings-Verbandes e.V. zu befinden hatte: Beschl. des BKA v. 1.10.1958 - 1. Beschl.-Abt. - ("Temperguß-Fittings"), WuW/E BKartA 8 ff. (10) = WuW 1958, S. 634 ff. (636) = BB 1958, S. 964;
Vgl. Bekanntm. des BKA Nr. 9/58 v. 23.5.1958 betr. Verwaltungsgrundsätze des BKA über das Verfahren bei der Anmeldung von Kartellen, I 4., BAnz. 1958, Nr. 107, S. 3 mit Zustimmung von Lanzenberger, WRP 1958, S. 196.

2) So richtig das BKA, Beschl. v. 23.4.1959 - 2. Beschl.-Abt. - ("Öfen"), WuW/E BKartA 41 ff. (49) = WuW 1959, S. 595 ff. (603): "Die Verhinderung von wettbewerbsbeschränken Verträgen oder Beschlüssen, die nach §§ 2 und 3 wirksam werden können, mit weiteren unter § 1 GWB fallenden Wettbewerbsbeschränkungen stellt sich als Mißbrauch i.S. des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 GWB dar. Rabatt- und Konditionenkartelle sowie vertikale Preisbindungen bilden in diesem Falle Bestandteile einer umfassenden Marktordnung durch Wettbewerbsbeschränkungen verschiedenster Art und Auswirkungen, die nicht unter die Ausnahmevorschriften der §§ 2 und 3 GWB fallen." Die KB hätte also auch unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs einer angemeldeten AGB-Absprache zu widersprechen, wenn eine der angemeldeten Klauseln Preisbestandteile enthielte und deshalb gegen § 1 verstieße.

3) Deshalb nicht zu beanstanden der Beschl. des BKA v. 21.3.1960 - 1. Beschl.-Abt. - ("Basaltsyndikat"), WuW/E BKartA 162 ff. (170) = WuW 1960, S. 380 ff. (388).

Als wichtigste Mißbrauchsfälle bei Konditionenkartellen müssen jedoch solche AGB-Absprachen betrachtet werden, die gegen das Prinzip vom Vorrang der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls verstoßen. Wenn die den Vorteilen gesteigerter Markttransparenz gegenübertretenden Nachteile einen solchen Intensitätsgrad erreichen, daß gegen immanente Grundsätze der Gesamtwirtschaft - Förderung der Produktivität, Erhaltung des gewerblichen Mittelstandes usw. - oder gegen das Sozialstaatsprinzip im Sinne der Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG verstossen wird, dann liegt der bedeutsamste Fall eines Mißbrauchs vor.

Wie bereits festgestellt,[1] ist das Kriterium der Gefahr für die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl nicht sehr konkret, weil es wiederum unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, doch muß es dem Sinn und Zweck der dem § 2 zugeordneten Mißbrauchsnorm des § 12 entsprechen, das Bedürfnis der Unternehmer nach Rationalisierung ihrer Verträge nur soweit zu dulden, als die Gefahr der in das Wirtschaftsleben auf dem Gebiete der Vertragsgestaltung hineingetragenen Erstarrung die Elastizität der Verhandlungsführung für die Einzelrechtsgeschäftspartner ganzer Branchen zu weit zurückdrängt. Wo die einseitige Wahrnehmung der Unternehmerinteressen in den AGB zur Unterdrückung großer Kreise von künftigen Einzelgeschäftspartnern führt, deckt sich deren Schutzbedürfnis mit dem volkswirtschaftlichen und sozialstaatlichen Interesse, den eigennützigen Gebrauch ungleicher Machtverteilung zu verhindern.[2]

Ebenso wie bei allen Mißbrauchsnormen, die formell zulässigen Verbotsfreistellungen zugeordnet sind, kann es auch bei § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit Konditionenkartellen nicht Sinn und Zweck dieser Vorschrift sein, nur typisch kartellgesetzlichen Wertvorstellungen zur Durchsetzung zu verhelfen, ohne von nichtkartellgesetzlichen Unwerturteilen Notiz zu

1) s.o. S. 146 ff.

2) Näheres zur Subsumtion s.u. S. 195 ff.

nehmen. Einer Generalnorm, wie der Mißbrauchsnorm des § 12, wird keine Gewalt angetan, wenn sie in Übereinstimmung mit den Wertentscheidungen unserer einheitlichen Rechtsordnung ausgelegt wird.

Man kann dem Sinn dieser Vorschrift nur gerecht werden, wenn man in ihr auch eine Handhabe erblickt, ein formell zulässiges Konditionenkartell zu bekämpfen, das sich mit Hilfe der kartellgesetzlichen Vorschrift des § 2 äußerlich den Anschein der Legitimität zulegt, obwohl es materiell wegen nichtkartellgesetzlicher Unwerturteile von der Rechtsordnung mißbilligt wird. Unter dem Gesichtspunkt des Institutionsmißbrauchs fallen deshalb auch alle diejenigen Fälle unter § 12 Abs. 1 Ziff. 1, in denen die Kartellmitglieder eines Konditionenkartells gegen nichtkartellgesetzliche Unwerturteile verstoßen.

Soweit bei der teleologischen Auslegung des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 nach subjektiven Tatbestandselementen gefragt werden muß, kann hier in Übereinstimmung mit allen Mißbrauchsbegriffen des GWB festgestellt werden, daß bei der Mißbrauchsaufsicht über Konditionenkartelle allein objektive Kriterien für einen Eingriff genügen. Für eine abweichende Interpretation sprechen keine sachlichen Gründe. Schon eine objektive Diskrepanz zwischen den Vorteilen gesteigerter Markttransparenz und schwerer wiegenden Nachteilen bei AGB-Abreden müssen für einen Mißbrauchseingriff der KBn genügen, weil anders den KBn gerade die antizipierte Mißbrauchsaufsicht gem. § 2 Abs. 3 als Aufgabe einer präventiven Schadensverhütung unmöglich gemacht würde. Ein wirksamer Schutz der Marktgegenseite, d.h. der künftigen Einzelrechtsgeschäftspartner, läßt sich nur dann erzielen, wenn die bei den KBn zur Begutachtung angemeldeten AGB-Absprachen objektiv zu Beanstandungen Anlaß geben. Die KBn wären faktisch gelähmt, wollte man von ihnen den Nachweis fordern, daß die Kartellmitglieder schuldhaft die Anwendung solcher AGB vereinbart haben, die unter objektiven Gesichts-

punkten beanstandenswert sind. Dieses Kontrollhindernis könnte von den KBn nur dadurch überwunden werden, daß sie alle Mitglieder eines Konditionenkartells vor Erhebung eines Widerspruchs gem. § 2 Abs. 3 oder vor Erlaß einer Verfügung gem. § 12 Abs. 2 durch Hinweis auf beanstandenswerte Klauseln zunächst "bösgläubig" machten. Den Zwang zu einer solchen Maßnahme sieht das GWB jedoch nicht vor. Dem Sinn und Zweck des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 kann man deshalb nur dann gerecht werden, wenn diese Bestimmung mit der h.M.[1] rein objektiv und losgelöst von subjektiven Erfordernissen ausgelegt wird.

Nachdem bereits festgestellt worden ist, daß weder der Gesamtkonzeption des GWB noch seinen verschiedenen Einzelzielsetzungen Vorstellungen zugrunde liegen, die mit moralischen und ethischen Wertvorstellungen etwas zu tun haben, und somit der Schutz der guten Sitten auf keinen Fall aus der Zweckrichtung von Kartellrechtsbestimmungen hergeleitet werden kann, kann die Verhütung von Sittenverstößen durch Konditionenkartelle im Wege der Mißbrauchsbekämpfung allein unter dem Gesichtspunkt des Institutionsmißbrauchs möglich sein. Obwohl GWB-eigene Unwerturteile über ein sittenwidriges Konditionenkartell nicht ausgesprochen werden, wird man jedoch annehmen müssen, daß die KBn als staatliche Hoheitsträger solche AGB-Absprachen, die sittenwidrig sind, nicht durch Nichtwiderspruch und Eintragung in das Kartellregister gem. § 9 Abs. 2 hoheitlich sanktionieren müssen.

---

1) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 12 GWB Anm. 2; Dörinkel, WuW 1959, S. 87; ders., Gem.-Komm., § 12 Anm. 2; Müller-Henneberg, BB 1959, S. 141; Rasch, aaO., S. 126; Sarnighausen, aaO., S. 106 ff.; Beschl. des BKA v. 30.12.1959 - 1. Beschl.-Abt. - ("Röhrenhersteller"), WuW/E BKartA 119 ff. (129) = WuW 1960, S. 209 ff. (219); so auch zum Mißbrauchsbegriff des § 11 Abs. 5 Ziff. 3 Beschl. des BKA v. 10.4.1963 - Einspr.-Abt. - ("rechtselbische Zementpreise II") WuW/E BKartA 656 ff. (659) = WuW 1963, S. 834 ff. (837) mit weiteren Hinweisen.

Eine Generalklausel, wie sie § 12 Abs. 1 Ziff. 1 für Konditionenkartelle darstellt, kann nur dann richtig ausgelegt werden, wenn sie nicht nur in den Zusammenhang des sie verwendenden Gesetzes, sondern auch in den der Gesamtrechtsordnung gestellt wird. Unter diesem Blickwinkel wird man die KBn durch diese Vorschrift für ermächtigt ansehen müssen, den Gebrauch eines formell zulässigen Konditionenkartells gem. § 2 bei Sittenverstößen zu verhindern.

Es kann somit festgestellt werden, daß Mißbrauch im Sinne des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 zwar kein Anwendungsfall eines Sittenverstoßes ist, aber doch auch dann vorliegen kann, wenn die Beteiligten der AGB-Absprache sittenwidrig im Sinne der §§ 138 BGB und 1 UWG handeln.

5. Ergebnis der Begriffsanalyse und Definition des Mißbrauchs im Sinne des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit Konditionenkartellen.

In der vollen Würdigung des Sinnes einer Rechtsnorm und seiner richtigen Einschätzung gegenüber dem Wortlaut und Sprachgebrauch sowie den historischen und systematischen Argumenten ist der Wert der Auslegung beschlossen.[1] Die einseitige Bevorzugung von Wortlaut und Sprachgebrauch führt zum Formalismus, eine zu starke Betonung der historischen und systematischen Gründe zum Stillstand und allzu ausschließliche Berücksichtigung des Ergebnisses zu unsicherer und schwankender Rechtsprechung. "Die wahre Kunst der Auslegung beruht auf einer richtigen Abwägung aller Auslegungsgesichtspunkte."[2]

Unter Zugrundelegung der Ergebnisse der vorgenommenen Teiluntersuchungen ergibt sich für den Mißbrauchsbegriff des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit Konditionenkartellen folgendes:

---

1) Enn.-Nipperdey, aaO., I. Halbbd., § 56 IV.
2) s. Note 1).

1. Die philologisch-grammatikalische Auslegung läßt zwar keine Rückschlüsse darauf zu, daß der Mißbrauch ein Werturteil in subjektiver Hinsicht enthält. Jedoch kann als Ergebnis der historischen, logisch-systematischen und teleologischen Auslegung festgehalten werden, daß von einem rein objektiven Mißbrauchsbegriff auszugehen ist.

2. Weiterhin geht aus allen Teiluntersuchungen hervor, daß der Mißbrauchsbegriff nicht notwendig einen Verstoß gegen die guten Sitten voraussetzt, so daß die im Zusammenhang mit der Bekämpfung unlauterer AGB von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Monopolmißbrauch nicht einziger Maßstab für den "Mißbrauch der durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt" darstellen können.

3. Für die Frage nach konkreten objektiven Mißbrauchskriterien gewährt zunächst die historische Auslegung des Mißbrauchsbegriffs einigen Aufschluß. Die KVO verlangte eine "Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls", und die Ansicht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, dessen Formulierungen Gesetz geworden sind, ging davon aus, daß die Vorteile, die ein Konditionenkartell für die Gesamtwirtschaft regelmäßig mit sich bringt, nämlich die Förderung der Markttransparenz, nicht durch Nachteile aufgewogen werden dürfen, die insbes. in der Abdingung grundlegender dispositiver Rechtsnormen zu erblicken sind.

Die logisch-systematische und die teleologische Interpretation des Mißbrauchsbegriffs im Hinblick auf Konditionenkartelle haben ergeben, daß das GWB Wettbewerbsbeschränkungen nicht um ihrer selbst willen, sondern stets nur zur Erzielung von Einzelvorteilen duldet und demgemäß Konditionenkartelle nur deshalb zuläßt, weil diese regelmäßig die Vergleichbarkeit der Preise herbeiführen und so den Hauptleistungswettbewerb intensivieren. Ohne Erzielung dieser Vorteile oder bei Kompensation der Vorteile durch gewisse Nachteile, insbes. für die Gesamtwirtschaft und das

Gemeinwohl, ist der gem. § 2 formell zulässige Gebrauch wirtschaftlicher Freiheitsrechte stets Mißbrauch.

Ob im Einzelfalle der "Kompensationspunkt" überschritten wird, setzt eine qualitative und quantitative Abwägung zwischen verschiedenen Werten und Zwecken unterschiedlicher Ranghöhen voraus, wobei die KBn nicht nur die typisch kartellgesetzlichen Wertentscheidungen, sondern unter dem Gesichtspunkt des Institutionsmißbrauchs auch andere Werturteile unserer Rechtsordnung zu beachten haben.

Diese Ergebnisse der Auslegung des Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit Konditionenkartellen lassen sich auf die Formel bringen, daß ein Konditionenkartellvertrag oder -beschluß oder die Art seiner Durchführung dann einen Mißbrauch der durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt darstellen, wenn der gem. § 2 formell zulässige Gebrauch der wirtschaftlichen Freiheitsrechte durch die Kartellmitglieder objektiv auf dem Markt nicht zu einer Steigerung des Hauptleistungswettbewerbs führt oder wenn der Vorteil gesteigerten Hauptleistungswettbewerbes durch eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls oder andersartige Nachteile kompensiert wird, die nicht nur aus typisch kartellgesetzlichen, sondern auch aus anderen Unwertentscheidungen unserer Rechtsordnung zu entnehmen sind.

D. Die kartellgebundene Anwendung unlauterer AGB als Mißbrauch im Sinne des § 12 Abs. 1 Ziff. 1

Nachdem im vorigen Abschnitt der Arbeit der Mißbrauchsbegriff gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Zusammenhang mit Konditionenkartellen analysiert worden ist, und relativ konkrete Mißbrauchskriterien ermittelt worden sind, scheint sich die Frage nach den kartellbehördlichen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Inhaltsgestaltung kartellgebundener AGB und damit nach der Stellung der KBn im Kampf gegen unlautere AGB lediglich noch als ein Problem der Subsumtion darzustellen.

Dabei bliebe jedoch unberücksichtigt, daß die KBn bei Wahrnehmung der ihnen gestellten Aufgaben keine Vorgänge marktechnischer oder rein wirtschaftlicher Geschehensabläufe zu steuern, sondern zumindest auch Fragen des privaten Vertragsrechts in Betracht zu ziehen haben. Die durch ein Konditionenkartell betroffenen Einzelrechtsgeschäftspartner unterscheiden sich nämlich von den Betroffenen anderer Kartellarten dadurch, daß für sie einzelne Normen oder ganze Normengruppen des Zivilrechts außer Kraft gesetzt, inhaltlich abgeändert oder ergänzt werden. Die KBn können also nicht umhin, die Außenwirkung eines Konditionenkartells unter anderen Gesichtspunkten zu beurteilen als z.B. bei einem Rabattkartell. Es wird ihnen nur dann möglich sein, die durch Abschluß eines Konditionenkartellvertrages oder -beschlusses eintretenden Folgen auf der Marktgegenseite richtig zu bewerten, wenn sie Fragen des reinen Zivilrechts in ihre Entscheidungsabwägungen mit einbeziehen.

Daß die KBn sich einer solchen Betrachtungsweise bei Konditionenkartellen nicht entziehen können, entsprach auch den Vorstellungen des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, als er in seinem Bericht zu § 1 a Reg.-Entw. formulierte, daß Kon-

ditionenkartelle "nicht mißbräuchlich grundlegende allgemeine Rechtsvorschriften außer Kraft setzen" dürften.[1)]

Nun fragt es sich, ob im Widerspruchsverfahren nach § 2 Abs. 3 und bei der Mißbrauchsaufsicht nach § 12 kartellmäßig festgelegte AGB tatsächlich einer Kontrolle durch die KBn unterstellt werden können, obwohl alle Fragen des zivilen Vertragsrechts von den künftigen Einzelrechtsgeschäftspartnern der Kartellmitglieder den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung unterbreitet werden können, zumal in Kreisen der Wirtschaft die Meinung vertreten wird, es könne nicht Sinn der Vorschriften der §§ 2 Abs. 3 und 12 sein, daß ein neuer "konkurrierender Instanzenzug" für Fragen eröffnet werde, bei denen die Beteiligten die Möglichkeit hätten, ihr Recht vor den ordentlichen Gerichten zu suchen.[2)]

Eine nähere Prüfung dieser Streitfrage, ob und in welchem Umfange und nach welchen konkreten Gesichtspunkten die kartellbehördliche Kontrolle im Einzelfalle unzulässiger AGB möglich bzw. geboten erscheint, hat von mehreren Teiluntersuchungen auszugehen:

1. Zunächst muß die generell bedeutsame Frage beantwortet werden, ob überhaupt Raum für Entscheidungen der KBn bleibt, wenn diese in "Konkurrenz" mit den Entscheidungen der ordentlichen Gerichte stehen würden.

2. Erst wenn feststeht, daß eine AGB-Kontrolle durch die KBn unter den Gesichtspunkten des allgemeinen Vertragsrechts generell möglich ist, kann eine Prüfung der Frage erfolgen, ob und inwieweit eine inhaltliche Bindung der KBn an die ständige Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte auf dem Gebiete der Inhaltskontrolle von AGB besteht.

---

1) Schriftl. Bericht des Wirtsch.-pol. Ausschusses, BTDrucks., 2. Wahlper., Nr. 3644, Anl. 1, S. 15.

2) Hinweise bei v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 22, Note 37.

3. Für den Fall, daß eine solche Bindung nicht gegeben ist, könnte erst danach für das Recht der Konditionenkartelle geprüft werden, ob die gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen der §§ 2 und 12 unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Auslegung des Mißbrauchsbegriffs den KBn eine eigene Handhabe zur Prüfung und zu Eingriffen gegenüber solchen kartellmäßig festgelegten AGB gewähren, deren Anwendung schon durch einen nicht gebundenen Einzelunternehmer gegenüber seinen zukünftigen Individualrechtsgeschäftspartnern unter allgemeinen außerhalb des GWB liegenden Gründen unzulässig wäre, d.h. zur Nichtigkeit des gesamten Vertragswerks, der gesamten AGB in complexu oder einzelner AGB-Klauseln führen würde.

4. Schließlich und letztlich wäre es interessant zu prüfen, ob sich im Falle der Geeignetheit der kartellrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen zu hoheitlicher Einflußnahme auf solche AGB, die schon bei Verwendung durch ein Einzelunternehmen bedenklich erscheinen, die KBn abweichend und frei von der Ansicht und den Beurteilungsmaßstäben der ordentlichen Gerichte einzelnen Meinungen der Rechtswissenschaft bei der konkreten inhaltlichen Bewertung von AGB anschließen oder ob sie sogar ihren Maßnahmen diesbezüglich eigene Rechtsansichten zugrunde legen können.

I. Prüfung von Fragen des allgemeinen Vertragsrechts durch die KBn als Grundlage ihrer hoheitlichen Entscheidungen gem. §§ 2 Abs. 3 und 12 Abs. 1 Ziff. 1

Eine AGB-Kontrolle durch die KBn unter Gesichtspunkten des allgemeinen Vertragsrechts könnte grundsätzlichen Bedenken begegnen, wenn es sich hierbei um einen Verstoß gegen den in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG verankerten verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gewaltentrennung handelte.

Die Rechtsprechung im materiellen Sinne ist eine besondere von den anderen Staatstätigkeiten, namentlich von der öffent-

lichen Verwaltung, inhaltlich verschiedene Staatstätigkeit,[1] während die Verwaltung im materiellen Sinne als diejenige verwaltende Tätigkeit der Organe von Gemeinwesen bezeichnet wird, die materiell öffentliche Angelegenheiten zum Gegenstand hat.[2] Gerichte und Verwaltungsbehörden sind grundsätzlich voneinander unabhängig und haben ihre Zuständigkeiten unter den ihnen jeweils obliegenden Gesichtspunkten gesondert wahrzunehmen.

Die hier im Zusammenhang mit der Mißbrauchsaufsicht der KBn gem. §§ 2 Abs. 3 und 12 Abs. 1 Ziff. 1 interessierende Frage lautet nun dahin: Besteht zwischen den KBn und den Gerichten ein echter Kompetenzkonflikt dahingehend, daß über Fragen des allgemeinen Vertragsrechts, soweit sie AGB betreffen, sowohl von der vollziehenden Gewalt als auch von den ordentlichen Gerichten entschieden werden kann, und wie muß gegebenenfalls diese Konfliktsituation gelöst werden?

Schon eine oberflächliche Betrachtung dieses Problems ergibt, daß eine solche Zuständigkeitskonkurrenz in Wahrheit überhaupt nicht besteht. Die KBn sind vom GWB-Gesetzgeber lediglich ermächtigt, im Rahmen der §§ 2 und 12 eine abstrakte und generelle Kontrolle kartellmäßig festgelegter AGB vorzunehmen. Sie haben die gem. § 9 Abs. 2 anmeldepflichtigen AGB eines Konditionenkartells nur daraufhin zu untersuchen, ob die Kartellmitglieder durch die Aufstellung und Anwendung ihrer AGB ihre Marktstellung mißbrauchen. Insofern handelt es sich um die Regelung einer materiell öffentlichen Angelegenheit. Wenn dabei auch Fragen des allgemeinen Vertragsrechts für ihre Maßnahmen entscheidend sind, so bleibt hinsichtlich aller auf der Basis kartellmäßig festgelegter AGB später abgeschlossenen Einzelrechtsgeschäfte die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte

1) Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, § 71, Zweiter Abschnitt, 2.a); Merk, aaO., § 4; Wolff, aaO., § 19 I.

2) Thoma, aaO., § 71, Zweiter Abschnitt, 3.a); Wolff, aaO., § 2 II c).

gem. § 13 GVG völlig unangetastet,[1] wonach alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte gehören.[2] Denn es bleibt jedem Einzelrechtsgeschäftspartner unbeschadet der regelmäßig vorausgegangenen kartellbehördlichen Entscheidungen überlassen, sich auch mit Hilfe der Zivilgerichte gegen ihn belastende AGB zu wehren. Daraus folgt, daß ein echter Kompetenzkonflikt zwischen der Zuständigkeit der KBn und der ordentlichen Gerichte bezüglich allgemeiner Fragen des Vertragsrechts hinsichtlich kartellmäßig festgelegter AGB nicht besteht, und daß deshalb keine grundsätzlichen Bedenken erhoben zu werden brauchen, wenn die KBn AGB der Konditionenkartelle daraufhin untersuche, ob ihre Anwendung im Einzelfall aus rein zivilrechtlichen Gründen bedenklich erscheint.

II. Keine Bindung der KBn an die sog. "ständige Rechtsprechung" der ordentlichen Gerichte

Eine andere Frage ist es jedoch, ob und inwieweit eine inhaltliche Bindung der KBn an die sog. "ständige Rechtsprechung"[3] der ordentlichen Gerichte auf dem Gebiete der Inhaltskontrolle Allgemeiner GB besteht. Denn obschon die neuen kartellrechtlichen Regelungen diesbezüglich nicht als Schaffung eines echten "konkurrierenden Instanzenzuges" betrachtet werden können, so wird man doch aus rein tatsächlichen Gründen im gewissen Maße eine praktische Entscheidungskonkurrenz wenigstens in "erster Instanz" nicht leugnen können (, indem man z.B. beim BKA die Spruchpraxis der Beschlußabteilungen

1) Fischer, BB 1957, S. 487.

2) Auch handelt es sich hierbei nicht um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit gem. § 87, "die sich aus dem GWB oder aus Kartellverträgen oder -beschlüssen ergibt". - Bez. Abgrenzungsfragen s. Tiffert, Gem.-Komm., § 87, Anm. 4.

3) Der Begriff "ständige Rechtsprechung" setzt eine größere Zahl von Entscheidungen über einen gewissen Zeitraum voraus. Auf eine Fixierung dieses Begriffes kann hier verzichtet werden, weil die sog. Monopolrechtsprechung einhellig als zur ständigen Rechtsprechung gehörend gezählt wird.

mit der Tätigkeit der Justizgerichte in 1. Instanz vergleicht).

Das GG enthält keine Bestimmungen, die abweichende Rechtsauffassungen und -entscheidungen zwischen Verwaltung und Rechtsprechung ausdrücklich unterbinden. Nach Art. 20 GG sind vielmehr die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung "nur" an Gesetz und Recht gebunden. Eine Bindung der Verwaltung an die Gerichte oder umgekehrt besteht untereinander entsprechend dem Prinzip der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 GG) grundsätzlich nicht. Den Verwaltungsbehörden muß also grundsätzlich das Recht zuerkannt werden, unabhängig von der Rechtsprechung das Gesetz selbst zu prüfen und auszulegen, zumal auch bei Gerichten eine fehlerfreie Tätigkeit nicht gewährleistet werden kann.

Eine Bindungswirkung an den Inhalt einer richterlichen Entscheidung besteht für die Verwaltungsbehörden nur insoweit, als die Rechtskraft der betreffenden Urteile oder Beschlüsse im konkreten Einzelfall reicht. (z.B. Ehescheidung, Bestehen eines Eigentumsrechts oder eines Schuldverhältnisses usw.)[1)2)]

Das Rechtsproblem der Trennung bzw. des Zusammenhangs von Rechtsprechung und Verwaltung erschöpft sich aber nicht in dieser Betrachtung, denn man wird der Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte im demokratischen Rechtsstaat allgemein und nicht nur innerhalb eines Instanzenzuges eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zumessen müssen. Gerade den Obergerichten kommt nämlich neben der Rechtsschutz- und Kontroll-

---

1) Wolff, aaO., § 20 V b).

2) Die Bindungswirkung ist nicht zu verwechseln mit der sog. Tatbestandswirkung, die nicht mehr bedeutet als die Verpflichtung der gegenseitigen Anerkennung betreffend die Tatsache der Existenz des von der anderen Gewalt erlassenen Aktes (Forsthoff, aaO., S. 93). Bei der sog. Feststellungswirkung sind ausnahmsweise auch die tragenden tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen für das andere Ressort verbindlich (Forsthoff, aaO., S. 93).

funktion eine Interpretationsfunktion zu. Die Rechtssicherheit, der auch die Veröffentlichung der Entscheidung dient, zählt als allgemeiner Rechtsgrundsatz zu den wesentlichsten Elementen des rechtsstaatlichen Prinzips,[1] das zu den im GG getroffenen Grundentscheidungen gehört, die echte Gerechtigkeitspostulate verwirklichen sollen. Zur Rechtsstattlichkeit gehört nicht nur die Voraussehbarkeit und materielle Richtigkeit (Gerechtigkeit), sondern auch die Rechtssicherheit.[2] Mit dem Prinzip der Rechtssicherheit verbunden ist deshalb auch die Forderung 1. nach der Verhinderung divergierender Gerichtsentscheidungen und 2. nach einer möglichst konstanten Rechtsprechung, so daß das Problem der inhaltlichen Bindung der Verwaltungsbehörden an eine sog. "ständige Rechtsprechung" auf einem bestimmten Gebiet nur aus dieser Schau gelöst werden kann.

Daß das Prinzip der Rechtssicherheit ein wesentliches Anliegen unserer Rechtsordnung ist, geht aus der Forderung nach einer möglichst konstanten Rechtsprechung hervor. So ist nach Art. 95 GG zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte die Errichtung eines obersten Bundesgerichtes vorgesehen. Das gleiche Ziel verfolgen diejenigen Vorschriften, die die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen innerhalb der Obergerichte durch die Verpflichtung zur Anrufung des Plenums, des Großen Senats und der Vereinigten Großen Senate beinhalten.[3]

Auch in § 73 Abs. 2 Ziff. 2 GWB ist ähnlich wie in § 546 Abs. 2 ZPO, § 72 Abs. 1 ArbGG, § 53 Abs. 1 und 2 Buchst. a) und c) BVerwGG, § 162 Abs. 1 Ziff. 1 SGG und § 286 Abs. 1 AO eine besondere Zulassung der Revision vorgesehen, was u.a. nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Gesetze der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dienen soll.

1) BVerfGE Bd. 3, S. 225, 237; Bd. 7, S. 194; Bd. 11, S. 61.

2) BVerfGE Bd. 7, S. 89 (92).

3) Für das BVerfG § 16 Abs. 1 BVerfGG, für den BGH in Zivil- und Strafsachen § 136 GVG, für das BAG § 45 Abs. 2 ArbGG, für das BVerwG § 47 Abs. 1 BVerwGG, für das BSG § 42 SGG und für den BFH § 66 Abs. 1 AO.

Die Rechtssicherheit ist also die Grundlage für die Beurteilung der Frage nach einer Bindung der Behörden an die Gerichte. Die Gefahr divergierender Entscheidungen der KBn und ordentlichen Gerichte besteht jedoch nicht. Nach der Ausgestaltung des Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahrens gem. §§ 62 ff. und 73 ff. mündet der kartellrechtliche Instanzenzug nämlich gerade in den Instanzenzug der ordentlichen Gerichtsbarkeit.[1] Das vor den Senaten der OLG und des BGH abzuwickelnde kartellrechtliche Rechtsschutzverfahren ist zwar ein echtes Verwaltungsstreitverfahren, das durch besondere Prozeßvorschriften geregelt ist,[2] doch entscheiden über die streitbefangene Materie die gleichen Gerichte, die auch Zivilrechtsfragen zu klären haben. Die KBn sind also grundsätzlich nicht gebunden, bei Ausübung ihrer Verwaltungstätigkeit die sog. "ständige Rechtsprechung" der Justizgerichte in Bezug auf bestimmte Rechtsfragen ihren Entscheidungen zugrunde zu legen.

Eine andere Frage ist es, ob nicht die Rechtssicherheit unter dem Gesichtspunkt der Interpretationsfunktion der rechtsprechenden Gewalt immer dann gefährdet ist, wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht zur Richtschnur der Verwaltungstätigkeit genommen wird, zumal eine Abweichung von der höchstrichterlichen Rechtsauffassung auch eine Amtspflichtverletzung darstellen kann.[3] Schließlich sollen der Staatsbürger und in erhöhtem Maße die Wirtschaft Klarheit darüber besitzen, wie die Organe des Staates, also nicht nur die Gerichte, sondern auch die Verwaltung, Rechtsnormen auslegen. Widerspruchsvolle Auffassungen zwischen Verwaltung und Gericht schaffen beim

---

1) Gegen diesen Instanzenzug sind verfassungsmäßige Bedenken geltend gemacht worden; vgl. z.B. Zweigert, Gem.-Komm., Vorbem. 2 ff. zu §§ 62 - 75. Dieser Auffassung sind entgegengetreten: Blomeyer, MDR 1953, S. 129; Kreifels, NJW 1956, S. 938.

2) Zweigert, Gem.-Komm., Vorbem. 7 zu §§ 62 - 75.

3) RG in JW 1916, S. 201 ff.; BGH in LM Nr. 1 zur HandelsbeschränkungsVO. Zur Haftung des Richters bei Abweichung von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vgl. RGZ Bd. 60, S. 395; Bd. 85, S. 72; Bd. 133, S. 142.

Staatsbürger Unsicherheit und widerstreben dem Grundsatz der Rechtssicherheit.[1] Da die Gerichte Hüter des Rechts sind,[2] muß ihnen gegenüber wegen ihrer dauernden und überprüfenden Interpretationstätigkeit die Auffassung der Verwaltungsbehörden zurückweichen.[3] Allerdings wird man in Übereinstimmung mit der Auffassung JESCHs der Exekutive auch gegenüber einer ständigen Rechtsprechung das Recht zugestehen müssen, durch einen Musterprozeß eine Überprüfung der bisherigen Entscheidungspraxis der Gerichte anzuregen.[4] Das muß vor allem dann gelten, wenn die Rechtsprechung von der Lehre einer starken Kritik ausgesetzt ist.

Auf dem Gebiete des Rechts der AGB ist der Kampf der Rechtsprechung gegen unlautere AGB stets durch Bemühungen der Rechtswissenschaft vorbereitet worden, und auch heute noch dürften die rechtstheoretischen Untersuchungen für die Judikatur richtungsweisend sein.[5] Vor allem fehlt es nicht an Kritik an der Monopolrechtsprechung,[6] weil durch ein Festhalten an ihr bei fortschreitender Entwicklung der Verwendung von AGB in vielen Wirtschaftskreisen die Verwirklichung einer materiellen Gerechtigkeit in Frage gestellt erscheint.

Da Verwaltung und Rechtsprechung grundsätzlich von einander unabhängig sind, muß eine Bindung der KBn an die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte, soweit es sich im Rahmen der Mißs-

---

1) BFH in BStBl. 1958 III, S. 409 ff. = JZ 1960, S. 279 ff. (281).

2) Das geht vor allen Dingen aus der Regelung des Art. 100 Abs. 1 GG hervor.

3) Hoffmann, StuW 1959, S. 427; Jesch, JZ 1960, S. 285, der jedoch die Bindung der Verwaltung an die Gerichte nicht aus der Interpretationsfunktion ableiten will, weil diese seiner Ansicht nach einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage bedürfe (Argument: § 31 BVerfGG).

4) Jesch, JZ 1960, S. 285.

5) Mroch, aaO., S. 5.

6) s.o. S. 47.

brauchsaufsicht gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 um die Beurteilung von Fragen des allgemeinen Vertragsrechts handelt, unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit ungerechtfertigt erscheinen.

Auch der Ansicht V. BRUNNs, die Verwaltungsbehörden dürften der Rechtsprechung der Gerichte nicht vorgreifen,[1] ist aus den gleichen Überlegungen nicht zuzustimmen. Wegen der Möglichkeit der Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeeinlegung bei den Gerichten gem. §§ 62 ff. und 73 ff. kann ebensowenig von einem "Vorgriff" durch die KBn die Rede sein, wie bei einem von einem Richter 1. Instanz erlassenen Urteil, dessen Inhalt mit der ständigen Rechtsprechung der Obergerichte nicht übereinstimmt.

Weiterhin kann bei der Untersuchung der Frage nach der Abhängigkeit bzw. Unabhängigkeit zwischen Exekutive und Judikative unter dem Blickwinkel der Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit auch die Tatsache nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Ausgangspunkt der AGB-Kontrolle durch die KBn ein anderer ist als bei einer gerichtlichen Nachprüfung eines auf der Basis von AGB zustandegekommenen Vertragswerks.

Während bei großzügiger Inhaltsbewertung die Folge der Nichtbeanstandung einer evtl. "bedenklichen" AGB-Klausel in einem einzelnen Rechtsstreit vor dem Zivilgericht allenfalls eine Partei belasten würde, hätte die Beurteilung kartellmäßig festgelegter AGB durch die KBn bei gleichermaßen großzügiger Einstellung gegenüber evtl. bedenklichen Klauseln zur Konsequenz, daß einmal die Zahl der Betroffenen sich u.U. auf einen ganzen Wirtschaftszweig erstreckte[2] und zum anderen

---

1) v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 22 Note 37.

2) Über die Möglichkeiten der Betroffenen, sich im Wege der sog. Untätigkeitsbeschwerde gegen das Wirksamwerden des die AGB anwendenden Konditionenkartells zu wehren, vgl. § 62 Abs. 3 und die zugehörige Kommentierung bei Zweigert, Gem.-Komm., § 62 Anm. 6 und 7.

dies praktisch eine hoheitliche Sanktionierung der betreffenden Klauseln bedeuten würde. Die Verantwortung der KBn reicht insofern wesentlich weiter: Sie müssen unter allen Umständen verhindern, daß unlautere AGB in Konditionenkartellverträgen oder -beschlüssen "einzementiert" werden und daß ihr Nichteinschreiten als autoritative und rechtlich bedeutsame Äußerung der Hoheitsgewalt dergestalt gedeutet werden kann, als handle es sich bei dem Inhalt wirksamgewordener bzw. belassender Konditionenvereinbarungen und damit bei einzelnen vielleicht unzulässigen Klauseln um solche AGB, deren Anwendung gewissermaßen staatlicherseits empfohlen wird;[1] spricht doch sogar für jeden formell noch nicht rechtskräftigen Verwaltungsakt zunächst einmal die Vermutung der Rechtmäßigkeit.[2]

Die Bedeutung der kartellbehördlichen Praxis bezüglich AGB liegt vor allem darin, daß die Rechtsansichten der Behörden anderen Konditionenkartellen als Richtschnur für die inhaltliche Gestaltung ihrer Verträge und Beschlüsse dienen. Es entsteht also der Eindruck, es handele sich bei den unbeanstandeten AGB um ein besonders qualifiziertes Normensystem. So sind beispielsweise die Regeln des sog. "Deutschen Garnkontrakts", nachdem sie als Gegenstand des Kartellvertrages des Konditionenkartells der Deutschen Baumwollspinnereien das Anmeldeverfahren beim BKA durchlaufen hatten, und teils auf Grund rechtlicher Bedenken des BKA, teils auf Grund von Vorstellungen der Abnehmer mit wesentlichen Änderungen wirksam geworden waren,[3] späterhin vom Konditionenkartell der

---

1) Großmann-Doerth, aaO., S. 26, will staatlich geprüften Bedingungen erhöhte Geltungskraft beilegen ähnlich der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen.

2) BVerwGE Bd. 1, S. 69.

3) Baumwollspinnerei, Anmeld.: Bekanntm. Nr. 33/58 des BKA v. 4.8.1958, BAnz. Nr. 157 v. 19.8.1958, WuW 1958, S. 754; Eintragung: Bekanntm. Nr. 60/58 des BKA v. 31.10.1958, BAnz. Nr. 221 v. 15.11.1958, WuW 1959, S. 113.

Deutschen Baumwollzwirnerei z.T. übernommen worden.[1] Auch die als "Einheitsbedingungen der Deutschen Textilindustrie" bezeichneten AGB, die an die Stelle der früheren "Einheitsbedingungen der Textilindustrie" getreten und zunächst von den Konditionenkartellen des Verbandes Deutscher Futterstoffwebereien[2] und der Konvention der Deutschen Seidenstoff- und Samtfabrikanten[3] beim BKA angemeldet worden sind, wurden in der Folgezeit von den Konditionenkartellen der Deutschen Tuch- und Kleiderstoffkonvention,[4] der Konvention der Baumwollweberei und verwandter Industriezweige,[5] der Deutschen Wirker- und Strickerkonvention,[6] der acht in dem Dachkartell

---

1) Baumwollzwirnerei, Anmeld.: Bekanntm. Nr. 38/60 des BKA v. 2.4.1960, BAnz. Nr. 73 v. 14.4.1960, WuW 1960, S. 423; Eintragung: Bekanntm. Nr. 87/60 des BKA v. 4.7.1960, BAnz. Nr. 133 v. 14.7.1960, WuW 1960, S. 625.

2) Futterstoff, Anmeld.: Bekanntm. Nr. 29/59 des BKA v. 8.6.1959, BAnz. Nr. 118 v. 25.6.1959, WuW 1959, S. 640; Änderungsanmeld.: Bekanntm. Nr. 34/59 des BKA v. 26.6.1959, BAnz. Nr. 128 v. 9.7.1959, WuW 1959, S. 802; Eintragung: Bekanntm. Nr. 59/59 des BKA v. 6.10.1959, BAnz. Nr. 203 v. 22.10.1959, WuW 1960, S. 38.

3) Seidenstoff und Samt, Anmeld.: Bekanntm. Nr. 30/59 des BKA v. 8.6.1959, BAnz. Nr. 118 v. 25.6.1959, WuW 1959, S. 643; Änderungsanmeld.: Bekanntm. Nr. 35/59 des BKA v. 26.6.1959, BAnz. Nr. 128 v. 9.7.1959, WuW 1959, S. 802; Eintrag.: Bekanntm. Nr. 60/59 des BKA v. 7.10.1959, BAnz. Nr. 208 v. 22.10.1959, WuW 1960, S. 38.

4) Tuch und Kleiderstoff, Anmeld.: Bekanntm. Nr. 36/59 des BKA v. 26.6.1959, BAnz. Nr. 129 v. 10.7.1959, WuW 1959, S. 802; Eintragung: Bekanntm. Nr. 58/59 des BKA v. 2.10.1959, BAnz. Nr. 199 v. 14.10.1959, WuW 1960, S. 38.

5) Baumwollweberei u. verwandte Industriezweige, Anmeld.: Bekanntm. Nr. 44/59 des BKA v. 12.8.1959, BAnz. Nr. 157 v. 19.8.1959, WuW 1959, S. 803; Eintragung: Bekanntm. Nr. 74/59 des BKA v. 25.11.1959, BAnz. Nr. 233 v. 4.12.1959, WuW 1960, S. 110.

6) Wirk- und Strickwaren, Anmeld.: Bekanntm. Nr. 2/60 des BKA v. 7.1.1960, BAnz. Nr. 11 v. 19.1.1960, WuW 1960, S. 183; Eintragung: Bekanntm. Nr. 47/60 des BKA v. 29.4.1960, BAnz. Nr. 90 v. 11.5.1960, WuW 1960, S. 501.

"Kartellvereinigung Bekleidungsindustrie" zusammengeschlossenen Konditionenkartelle,[1] der Stoffdruckkonvention,[2] der Konvention der Deutschen Schirmstoffwebereien,[3] und der Konditionenvereinigung der Deutschen Teppich-, Möbel- und Dekorationsstoff-Industrie[4] z.T. in wörtlicher Übereinstimmung entsprechend der vom BKA geduldeten Fassung übernommen. Die Tatsache, daß in Kreisen der Wirtschaft der Hang besteht, sich an der Spruchpraxis der KBn bei der Inhaltsgestaltung von Konditionenkartellverträgen oder -beschlüssen zu orientieren, beweist wohl am deutlichsten das folgende Beispiel: Kaum hatte das BKA eine sog. Festpreisklausel in den Einheitsbedingungen der Deutschen Textilindustrie des Konditionenkartells der Seidenstoff- und Samtfabrikanten für zulässig

---

1) Bekleidungsindustrie (im einzelnen 1. Berufs- und Sportbekleidung, 2. Damenoberbekleidung (Bundesgebiet), 3. Damenoberbekleidung (Westberlin), 4. Herren- und Knabenoberbekleidung, 5. Hosenträger und Gürtel, 6. Krawatten, 7. Mieder und Leibbinden, 8. Wäsche und weibliche Berufskleidung)
Anmeldung: Bekanntm. Nr. 7-15/60 des BKA v. 21.1.1960, BAnz. Nr. 21 v. 2.2.1960, WuW 1960, S. 183; Eintragung: Bekanntm. Nr. 64-72/60 des BKA v. 27.5.1960, BAnz. Nr. 101 v. 27.5.1960, WuW 1960, S. 503.

2) Stoffdruck, Anmeld.: Bekanntm. Nr. 39/60 des BKA v. 2.4.1960, BAnz. Nr. 75 v. 20.4.1960, WuW 1960, S. 426; Eintragung: Bekanntm. Nr. 88/60 des BKA v. 4.7.1960, BAnz. Nr. 134 v. 15.7.1960, WuW 1960, S. 626.

3) Schirmstoffweberei, Anmeld.: Bekanntm. Nr. 50/60 des BKA v. 5.5.1960, BAnz. Nr. 93 v. 14.5.1960, WuW 1960, S. 502; Eintragung: Bekanntm. Nr. 99/60 des BKA v. 18.8.1960, BAnz. Nr. 164 v. 26.8.1960, WuW 1960, S. 691.

4) Teppich, Möbel- und Dekorationsstoff, Anmeld.: Bekanntm. Nr. 98/60 des BKA v. 4.8.1960, BAnz. Nr. 155 v. 13.8.1960, WuW 1960, S. 628; Eintragung: Bekanntm. Nr. 120/60 des BKA v. 25.11.1960, BAnz. Nr. 236 v. 7.12.1960, WuW 1961, S. 95.

erachtet,[1] als mehrere die Einheitsbedingungen verwendenden Konditionenkartelle entsprechende Änderungen ihrer Verträge bzw. Beschlüsse anmeldeten (und natürlich nach Wirksamwerden eingetragen erhielten).[2]

Weiterhin darf bezüglich der Verantwortung der KBn ein gewisses psychologisches Moment auf der Betroffenenseite nicht übersehen werden. Hat erst einmal ein Konditionenvertragswerk die KB unbeanstandet passiert, so wird späterhin ein von den in Rede stehenden AGB betroffener Einzelrechtsgeschäftspartner schwerlich den Mut aufbringen, vor den Zivilgerichten die Rechtmäßigkeit bestimmter Klauseln zu bestreiten, zumal es bei den Mitgliedern wirksam gewordener Konditionenkartelle z.T. zur Gewohnheit geworden zu sein scheint, ihren AGB - vielleicht sogar nur zu Erreichung dieses Zieles - gleichsam

---

1) Eine diesbezügliche Klausel war zunächst aus den angemeldeten AGB der Seidenstoff- und Samtfabrikanten und der Futterstoffwebereien herausgenommen worden, weil sie dem BKA zu dieser Zeit noch bedenklich erschienen. Die zurückgezogene Klausel wurde vom Konditionenkartell der Seidenstoff- und Samtfabrikanten späterhin im Wege der Änderungsanmeldung gesondert zur grundsätzlichen Beurteilung gestellt und vom BKA nach gründlicher Prüfung für zulässig erachtet. Vgl. Presseinformation Nr. 17/59 des BKA v. 28.8.1959, abgedr. bei v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 78 / WuW 1959, S. 803; - Seidenstoff und Samt, Änderungsanmeld.: Bekanntm. Nr. 48/60 des BKA v. 4.5.1960, BAnz. Nr. 93 v. 14.5.1960, WuW 1960, S. 501; Änderungseintragung: Bekanntm. Nr. 101/60 des BKA v. 22.8.1960, BAnz. Nr. 165 v. 27.8.1960, WuW 1960, S. 691.

2) Tuch- und Kleiderstoffe und Baumwollweberei u. verwandte Industriezweige, Änderungsanmeldung: Bekanntm. Nr. 106 u. 108/60 des BKA v. 21.9. und 3.10.1960, BAnz. Nr. 189 v. 30.9. und Nr. 198 v. 13.10.1960, WuW 1960, S. 770; Änderungseintragung: Bekanntm. Nr. 126/60 des BKA v. 20.12.1960, BAnz. Nr. 250 v. 28.12.1960, WuW 1961, S. 95 und Nr. 17/61 v. 31.1.1961, BAnz. Nr. 32 v. 15.2.1961, WuW 1961, S. 260; Stoffdruck, Änderungsanmeldung: Bekanntm. Nr. 15/61 des BKA v. 27.1.1961, BAnz. Nr. 30 v. 11.2.1961, WuW 1961, S. 183; Änderungseintragung: Bekanntm. Nr. 43/61 v. 19.4.1961, BAnz. Nr. 83 v. 29.4.1961, WuW 1961, S. 406.

als Gütevermerk die Zusatzklausel beizufügen: Eingetragen gem. § 9 Abs. 2 GWB im Kartellregister bei der Kartellbehörde.[1)]

Die KBn tragen also, was die inhaltliche Kontrolle von AGB angeht, eine weitaus größere Verantwortung als die ordentlichen Gerichte. Aber auch aus einem weiteren Gesichtspunkt kann eine Bindung der Kartellbehörden an die herrschende Entscheidungspraxis der ordentlichen Gerichte bezüglich des Rechts der AGB nicht infrage kommen. Es besteht nämlich ein wesentlicher Unterschied zwischen der kartellbehördlichen Tätigkeit und der Spruchpraxis der Justizgerichte. Ein Nichteinschreiten gegenüber unlauteren kartellmäßig vereinbarten AGB im Wege der Mißbrauchsaufsicht muß positiv als Billigung bewertet werden, während die Rechtsprechung bisher stets nur negativ bestimmt hat und bestimmen kann, welche Klauseln unzulässig sind, bzw. wann die Berufung auf eine bestimmte Klausel rechtsmißbräuchlich ist. Eine echte "ständige Rechtsprechung" zu zulässigen AGB-Klauseln gibt es in Wahrheit folglich gar nicht. Wer - wie anscheinend V. BRUNN[2)] - annimmt, alle diejenigen evtl. objektiv mißbilligenswerten Regeln, die noch nicht zum Gegenstand eines Rechtsstreits gemacht und deshalb nicht höchstrichterlich kontrolliert worden sind, etwa weil die AGB mangels begründeter Zweifel gegen ihre Zulässigkeit von den betroffenen Wirtschaftskreisen hingenommen worden sind, seien von der sog. ständigen Rechtsprechung positiv als nichtbeanstandenswert und damit für unantastbar erklärt, der übersieht, daß der Abwehrkampf der Gerichte gegen unlautere AGB nur auf den Versuch gerichtet war und ist, die gröbsten Mißstände zu beseitigen.[3)] Wenn auch die Rechtsprechung dabei mit dem Ziel, Verträge im Rahmen des Zulässigen nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten,

1) Als Beispiel wird auf die im Raume Münster von den Färbern und Chemisch-Reinigern verwendeten Antragsformulare verwiesen.

2) v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 68.

3) Mroch, aaO., S. 23.

bestimmte AGB-Klauseln in rechtsdogmatisch anfechtbarer Weise[1] gem. § 139 BGB unangetastet oder in gemilderter Form in den Restverträgen weitergelten ließ, so kann daraus nicht zwingend gefolgert werden, die ständige Rechtsprechung wolle unterhalb der mit Hilfe der Vorschriften der §§ 138, 826, 242 und 315 BGB gezogenen Zulässigkeitsgrenze alle AGB-Klauseln "unter Naturschutz gestellt" wissen. Es kann also keinesfalls gesagt werden: Alles das, was die Gerichte nicht beanstandet haben bzw. beanstanden, gilt als höchstrichterlich gebilligt.

Sollen bei dieser Sachlage nun die KBn gezwungen sein, sich bei der Inhaltskontrolle der in das öffentliche Kartellregister gem. § 9 Abs. 2 einzutragenden und gem. § 10 durch Bekanntmachung im Bundesanzeiger zu publizierenden kartellmäßig vereinbarten AGB an der sog. ständigen Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte zu orientieren, obwohl über die absolute Zulässigkeit bestimmter Klauseln in den Gerichtsentscheidungen positiv noch nichts gesagt worden ist?

Die Frage kann entgegen der Auffassung V. BRUNNs, der von den KBn eine großzügigere Behandlung von AGB verlangt als von den Gerichten,[2] nur negativ beantwortet werden. Sollte eine KB (vorausgesetzt, daß die Ermächtigungsgrundlage des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im konkreten Falle soweit reicht)[3] eine AGB-Klausel unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten in einer Konditionenvereinbarung für unzulässig halten, obwohl die gleiche oder doch ähnliche Bedingung in der Entscheidungspraxis der Gerichte bisher noch niemals beanstandet worden ist, so würde

---

1) Näheres s.u. S. 222/223 Note 2).

2) v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 68. Sein Argument, die KBn hätten in erster Linie die wirtschaftspolitische und nicht die rechtliche Seite zu beurteilen, ist im gewissen Umfange berechtigt. Doch handelt es sich dabei letztlich um eine Frage der Subsumtion unter den Mißbrauchstatbestand des § 12 Abs. 1 Ziff. 1.

3) Siehe folg. Abschnitt.

dadurch in Wahrheit also nicht einmal ein echter Gegensatz zwischen der Ansicht der Verwaltungsbehörde und der ständigen Rechtsprechung auf dem Gebiete der AGB herbeigeführt. Aber selbst wenn man davon ausgehen würde, es handele sich um einen echten Gegensatz, so sprächen doch - wie oben ausgeführt - auf keinen Fall Gründe der Rechtssicherheit für eine Bindung der KBn an die Auffassung der ständigen Rechtsprechung hinsichtlich der Inhaltskontrolle von AGB.

III. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 als Ermächtigungsgrundlage zur behördlichen Bekämpfung kartellgebundener Anwendung unlauterer AGB

Die KBn können § 2 Abs. 3 und § 12 Abs. 1 Ziff. 1 nur dann zur Inhaltskontrolle solcher AGB heranziehen, deren Anwendung schon durch ein Nichtkartellmitglied gegenüber seinen zukünftigen Einzelrechtsgeschäftspartnern unter allgemeinen nicht auf GWB-Vorschriften beruhenden Gesichtspunkten mißbilligenswert (d.h. sittenwidrig, rechtsmißbräuchlich oder aus anderen Gründen unzulässig) wäre, wenn die Anwendung dieser AGB als Inhalt von Konditionenkartellverträgen oder -beschlüssen einen Mißbrauch der durch Freistellung der Konditionenkartelle vom generellen Kartellverbot des § 1 erlangten Stellung im Markte darstellte.

1. Anwendung von Klauseln, die gem. §§ 138, 826 BGB nichtig sind; Bedeutung der Rechtsprechung zu § 242 BGB

Zunächst kann dazu festgestellt werden, daß in der Literatur die völlig einhellige Meinung vertreten wird, die kartellgebundene Anwendung im Einzelfall gem. §§ 138, 826 BGB nichtiger

AGB-Klauseln erfülle den Mißbrauchstatbestand des § 12.[1)2)] Das mag daran liegen, daß in der Rechtslehre der kartellrechtliche Mißbrauchstatbestand z.T. allein im Sinne der überkommenen Monopolrechtsprechung ausgelegt wird,[3)] aber auch diejenigen Vertreter der Rechtslehre, die den Mißbrauchsbegriff im Sinne des § 12 wesentlich weiter fassen,[4)] vertreten insoweit die gleiche Ansicht.

Das BKA hat zu dieser Frage ausdrücklich noch nicht Stellung genommen. Doch kann aus seiner Beurteilung einzelner Fälle geschlossen werden, daß es diesbezüglich keine abweichende Auffassung vertritt. So richteten sich rechtliche Bedenken des BKA schon im Jahre 1958 gegen solche Kartellbedingungen, die eine erhebliche Verschärfung oder völlige Außerkraftsetzung allgemein bedeutsamer Rechtsvorschriften zu Lasten

---

1) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 2 GWB Anm. 17, zu § 12 Anm. 2; Bartholomeyczik (nur bezüglich marktbeherrschender Unternehmen) Gem.-Komm., § 22 Anm. 96 ff.; Benisch, WuW 1956, S. 796; v. Brunn, Gem.-Komm., § 2 Anm. 27; ders., Verwaltungspraxis, S. 22 Note 37; S. 24/25; ders., WuW 1958, S. 140/41; Dichgans, WuW 1958, S. 660/61; Dörinkel, Gem.-Komm., § 12 Anm. 3; Frankf.-Komm., (nur bez. marktbeherrschender Unternehmen) § 22 Anm. 44 ff. (50); v. Hahn, BB 1959, S. 1280 ff. (nur bez. marktbeherrschender Unternehmen); Lanzenberger, WRP 1958, S. 195/96; Schütz, NJW 1958, S. 1851.

2) Obwohl die Sittenwidrigkeit eines Mißbrauchs sich überwiegend erst im Zusammenhang mit der Lage dessen ergibt, auf den die AGB angewendet werden, (RGZ Bd. 102, S. 396; Bd. 103, S. 82 bez. einer Haftungsausschlußklausel, die gegenüber Einzelrechtsgeschäftspartnern, die dagegen versichert zu sein pflegen, tragbar und gültig, gegenüber anderen Abnehmern jedoch nichtig ist.) können Sittenverstöße aber durchaus schon aus der Art der Verträge oder Beschlüsse zum Ausdruck kommen.

3) s.o. S. 136 ff.

4) z.B. Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 2 GWB Anm. 17.

der Betroffenen zum Inhalt hatten.[1] Diese Einstellung gegenüber den AGB der Anmelder läßt vermuten, daß das BKA erst recht sittenwidrige Klauseln als mißbräuchlich im Sinne des § 12 betrachten würde.

Der h.M. ist zuzustimmen. Mißbrauch gem. § 12 in Bezug auf Konditionenkartelle ist der formell zulässige Gebrauch wirtschaftlicher Freiheitsrechte durch die an der AGB-Absprache beteiligten Unternehmen, der die durch den Abschluß der Verträge oder Beschlüsse und deren Durchführung regelmäßig herbeigeführten wirtschaftlich-wünschenswerten Vorteile in Gestalt geförderter Markttransparenz vor allem durch schwererwiegende Nachteile für die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl aufwiegt. Der Tatbestand des Mißbrauchs ist also nicht allein unter dem Gesichtspunkt des Institutionsmißbrauchs erfüllt, wenn die regelaufstellenden Kartellmitglieder die gemeinsame Anwendung sittenwidriger Klauseln vereinbaren und somit zwar die Markttransparenz auf einem bestimmten Markt erhöhen, aber gleichzeitig mit einer der Anwendung von Kartellbedingungen eigenen Breitenwirkung gegenüber ganzen Wirtschaftskreisen sogar in "moralisch vorwerfbarer Weise"[2] nach der herrschenden gesellschaftlichen Auffassung gegen soziale und ethische Anforderungen und damit gegen das Gemeinwohl mit einer solchen Intensität verstoßen, daß sowohl qualitativ als auch quantitativ die Nachteile zweifellos die Vorteile gesteigerten Hauptleistungswettbewerbs aufwiegen.

Daß der Mißbrauchstatbestand des § 12 erst recht dann erfüllt ist, wenn eine AGB-Klausel gegen zwingendes Recht verstößt,

---

1) Tätigkeitsbericht des BKA 1958, BTDrucks., 3. Wahlperiode, Nr. 1000, S. 41; Presseinformation des BKA Nr. 10/59 (abgedruckt bei v. Brunn, Verwaltungspraxis. S. 77) bez. der Ausgestaltung von Eigentumsvorbehaltsklauseln des Konditionenkartells der Übereinkunft der Kammgarnspinner.

2) v. Brunn, Formularbedingungen, S. 112, weist besonders darauf hin, daß das RG in der Feststellung der Sittenwidrigkeit stets einen schweren moralischen Vorwurf erblickt hat.

dürfte bei ähnlicher Betrachtungsweise selbstverständlich sein und bedarf nur vollständigkeitshalber der Erwähnung.[1)]

Nun wird jedoch in der Literatur weiterhin die Ansicht vertreten, daß ein Mißbrauch i.S. des § 12 auch immer dann vorliegt, wenn solche AGB zum Inhalt der Kartellvereinbarungen gemacht werden, auf die sich die aufstellende und anwendende Partei wegen des von der Rechtsprechung anerkannten Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) gegenüber ihren Einzelrechtsgeschäftspartnern nicht berufen kann.[2)] Daß die Anwendung des § 242 BGB für eine generelle inhaltliche Beschränkung von AGB theoretisch kaum zu rechtfertigen ist, weil diese Norm konkrete und individuelle Rechtsbeziehungen zwischen einem treuwidrig Handelnden und dem zu Schützenden voraussetzt und deshalb nur der Schutz dieses Einzelnen entsprechend den besonderen Gegebenheiten des ganz bestimmten konkreten Einzelrechtsgeschäfts erreicht werden kann,[3)] mag in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben. Die Rechtsprechung zieht darüber hinaus aber auch die Vorschrift des § 242 BGB zur Inhaltsbegrenzung von AGB heran, indem sie den Verstoß gegen Treu und Glauben nicht allein entsprechend den Besonderheiten des Einzelrechtsgeschäfts, sondern auch durch eine Kollektivbetrachtungsweise unter Berücksichtigung der Interessen der Schichten und Gruppen ermittelt, denen die Einzelvertragspartner angehören, und

---

1) Vgl. Bartholomeyczik, Gem.-Komm., § 22, Anm. 97; dazu auch Möller, Streitgespräch, Vhdlg. d. 41. DJT, Bd. II/E S. 21.

2) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 2 GWB Anm. 17; v. Brunn, Gem.-Komm., § 2 Anm. 27.

3) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 467/68; Larenz, Schuldrecht I, § 8 IV.

legt somit einen verobjektivierten Maßstab an.[1] In der Kartellrechtsliteratur wird jedoch von keinem Autor ausdrücklich bestritten, daß alle diejenigen Klauseln, die die ordentlichen Gerichte in ständiger Rechtsprechung auch unter Berufung auf § 242 BGB inhaltlich beanstandet haben, im Falle der Aufnahme in Konditionenvereinbarungen gem. § 2 den Mißbrauchstatbestand des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 erfüllen würden. So sagt V. BRUNN:[2] "Was aber nach einer einhelligen Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte als Mißbrauch anzusehen ist, muß notfalls von den Verwaltungsbehörden durch Widerspruch aus den Konditionen hinausgebracht werden. Wenn in einem Rechtsstreit über eingetragene Konditionen eine Bestimmung als nichtig angesehen werden sollte, werden die Verwaltungsbehörden im Verfahren nach § 12 GWB dafür sorgen müssen, daß die Bedingung nicht mehr angewendet wird." Nach V. BRUNN liegt also immer dann ein Mißbrauch gem. § 12 vor, wenn 1. eine im Einzelfall unzulässige Klausel Eingang in eine Konditionenvereinbarung findet und 2. ein obergerichtlicher Richterspruch die betreffende Bestimmung zuvor inhaltlich beanstandet hat.

Inwieweit diese beiden Erfordernisse tatsächlich einen kartellbehördlichen Eingriff gegenüber Konditionenverträgen oder -beschlüssen nach § 2 Abs. 3 oder nach § 12 voraussetzen, kann im folgenden nur durch Anlegung der bei der Interpretation des Mißbrauchsbegriffs gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 im Hinblick auf Konditionenkartelle gewonnenen Bewertungsmaßstäbe untersucht werden. Es handelt sich dabei also wieder um die Frage der Subsumtion unter den Mißbrauchstatbestand des § 12 Abs. 1 Ziff. 1.

---

1) RGZ Bd. 168, S. 321 ff.; RG in DR 1941, S. 1726; BGHZ Bd. 20, S. 164 = NJW 1956, S. 908 bez. weitgehender Haftungsfreizeichnungen vor allem für das Verschulden leitender Angestellter; BGHZ in LM Nr. 41 zu § 242 (Cd) = Nr. 20 zu § 387 betr. Aufrechnungsausschluß in Bankbedingungen; RGZ Bd. 37, S. 335; Bd. 96, S. 286; Bd. 142, S. 353; BGHZ in MDR 1954, S. 345; BGHZ Bd. 22, S. 90 = NJW 1957, S. 17 mit weiteren Nachweisen betr. Wiederaufleben von Gewährschaftsrechten, wenn die in AGB allein vorgesehenen Nachbesserungspflichten nicht oder nur unzulänglich oder mit ungebührlicher Verzögerung erfüllt wurden.

2) v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 22 Note 37.

Sollte es sich herausstellen, daß Kartellvereinbarungen, in denen solche AGB-Klauseln enthalten sind, deren Inhalt im Einzelfalle unzulässig und deren Nichtigkeit in ständiger Rechtsprechung festgestellt worden ist, ein Mißverhältnis zwischen der Beeinträchtigung berechtigter Belange der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls und dem mit der kartellmäßigen Festlegung von AGB erzielten Erfolg herbeiführen, so müßte das Vorliegen eines Mißbrauchs bejaht werden.

Ein durch gemeinsame Aufstellung einheitlicher AGB geschaffenes Angebots- bzw. Nachfrageschema ist auch bei unlauteren Klauseln leichter zu überschauen. Somit wird auch der Hauptleistungswettbewerb gefördert. Es handelt sich insofern um eine Realität des Marktgeschehens. Aber welchen Preis muß die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl dafür zahlen?

Wurden bisher in dem Bestreben, wider Recht und Billigkeit eine Vielzahl von Risiken von sich auf andere abzuwälzen, unbillige Klauseln nur von Einzelunternehmen angewendet, so sehen sich nach kartellmäßiger Festlegung solcher unzulässigen AGB ganze Kreise von Einzelrechtsgeschäftspartnern einem Unternehmerkollektiv gegenüber, das sie zwingt, sich entweder den unlauteren AGB zu unterwerfen oder überhaupt von Vertragsabschlüssen abzusehen. Der Intensitätsgrad der Interessenverletzung der Einzelrechtsgeschäftspartner ist bei kartellgebundener Anwendung unlauterer AGB ein weit höherer als bei der Anwendung durch ein Einzelunternehmen. "AGB-Unrecht" wird von den Aufstellern nicht mehr allein in Einzelvertragsverhältnisse hineingetragen, sondern tritt "en bloc" auf. Dadurch, daß die unzulässigen AGB-Klauseln nicht nur von einem einzelnen Rechtssubjekt, sondern von einer Unternehmensvereinigung, die die Kartellfunktion ausübt, aufgestellt und zur Grundlage aller Einzelrechtsgeschäfte der Kartellmitglieder mit Unternehmen der betroffenen Wirtschaftsgruppen gemacht werden, werden die Vorteile der durch diese Maßnahmen gesteigerten Markttransparenz sowohl qualitativ als auch quantitativ durch nachteilige Wirkungen auf Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl bei weitem aufgewogen. Denn die Existenz der

durch den Kartellvertrag oder -beschluß begründeten wirtschaftlichen Macht verpflichtet die Kartellmitglieder gegenüber der Allgemeinheit zur gesteigerten Beobachtung wirtschaftlichen[1] und rechtlichen Anstandes. Den Autoren, die die Ansicht vertreten, der Inhalt im Einzelfalle rechtsmißbräuchlicher AGB sei als Gegenstand einer Kartellabsprache stets mißbräuchlich im Sinne des § 12, ist folglich zuzustimmen.

Wie aber steht es mit der von V. BRUNN geforderten zweiten Voraussetzung für ein Eingreifen der KBn? Müssen die ordentlichen Gerichte die AGB zuvor in einhelliger Rechtsprechung inhaltlich beanstandet haben? Wie oben dargelegt,[2] besteht grundsätzlich keine Bindung der Verwaltungsbehörden an die Entscheidungen der ordentlichen Gerichte. Auch kann der Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit in diesem Zusammenhang keine Rolle spielen. Weiterhin kann festgestellt werden, daß eine materielle Rechtslage, die schließlich neben tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten die Ausgangsposition für ein kartellbehördliches Eingreifen ist, ebenfalls grundsätzlich von einem Richterspruch unabhängig ist. (Ausnahmen bei Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und bei Gestaltungsurteilen.)

Eine Verurteilung, eine Feststellung und jedes abweisende Urteil haben nur die Aufgabe, bestehende Rechtsfolgen auszusprechen, während die Rechtsgestaltung nur in seltenen Ausnahmefällen Aufgabe eines Urteils ist,[3] (sog. Rechtsgestaltungsurteil; typisch z.B. §§ 41 ff. EheG) die materiell-rechtliche Auffassung, daß die Rechtskraft eines Urteils Rechte erzeugt und damit die materielle Rechtslage ändert, entspricht

---

1) Vgl. das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2.

2) s.o. S. 183 ff.

3) Stein-Jonas-Schönke, aaO., § 322 Anm. II 1.

nicht der h.M. und ist abzulehnen.[1] Abgesehen davon, wirkt die Rechtskraft eines Urteils regelmäßig nur für und gegen die am Rechtsstreit beteiligten Parteien (§ 325 ZPO).

Aus diesen Gründen ist nicht einzusehen, weshalb die KBn den Inhalt im Einzelfall objektiv unzulässiger AGB bzw. deren Anwendung durch Mitglieder eines Konditionenkartells nur dann beanstanden sollen, wenn die ordentlichen Gerichte zuvor in ständiger Rechtsprechung bestimmte Klauseln in Einzelverträgen nicht geduldet bzw. eine Berufung auf die Bestimmungen für rechtsmißbräuchlich betrachtet haben. Soll eine Regel, die in einer Konditionenkartellvereinbarung auftaucht, ohne zuvor von einem Einzelunternehmen angewendet worden zu sein, und die unter privatrechtlichen Gesichtspunkten des allgemeinen Vertragsrechts unzweifelhaft unzulässig wäre, nur deshalb nicht mißbräuchlich i.S. des § 12 und somit kartellbehördlich unbeanstandet bleiben, weil die Justizgerichte bisher noch keine Gelegenheit hatten, diese Bedingung im Einzelfall auf ihre Gültigkeit hin zu untersuchen? Eine solche Verwaltungspraxis der KBn, die einerseits gegenüber im Einzelfalle unlauteren von den Zivilgerichten in der Vergangenheit schon einmal beanstandeten AGB-Klauseln einschritte, dagegen andererseits unzulässige Regeln in Konditionenkartellverträgen oder -beschlüssen unwidersprochen zur Anwendung gelangen ließe, wäre u.U. sogar mit den Erfordernissen einer fehlerfreien Ermessensbetätigung der Verwaltungsorgane unvereinbar, weil jede objektiv unlautere Bedingung unabhängig von ihrer evtl. vorausgegangenen Inhaltskontrolle durch die Gerichte als Inhalt einer AGB-Absprache für die betroffenen Einzelrechtsgeschäftspartner als Marktteilnehmer die gleichen nachteiligen Folgen haben würde.

Die KBn sind also berechtigt und verpflichtet, alle nach § 9 Abs. 2 angemeldeten Konditionenkartelle nach zivilrechtlichen Grundsätzen des allgemeinen Vertragsrechts auf solche Klauseln

1) Rosenberg, aaO., S. 735 ff. (738) mit weiteren Hinweisen.

hin zu untersuchen, deren Anwendung schon im Einzelfall unzulässig wäre. Dabei sind sie in ihrer Entscheidungstätigkeit keineswegs dergestalt gebunden, daß sie der ständigen Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte auf dem Gebiete der inhaltlichen Kontrolle Allgemeiner GB "nachhinken" müßten.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß die Mißbrauchsvorschrift des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 die KBn ermächtigt, Konditionenkartellverträge und -beschlüsse oder die Art ihrer Durchführung nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten zu kontrollieren. Sollte sich dabei ergeben, daß einige Kartellvereinbarungen Regeln enthalten, deren Anwendung durch einen kartellmäßig nicht gebundenen Unternehmer aus bürgerlich-rechtlichen Gründen unzulässig wäre, so sind die KBn befugt und verpflichtet, Maßnahmen gem. § 2 Abs. 3 bzw. § 12 Abs. 2 zu ergreifen.

2. Gegenargumente

Eine wesentliche Einschränkung von Eingriffsbefugnissen der KBn würde sich gegenüber kartellmäßig festgelegten AGB ergeben, wenn - wie vornehmlich von BARTHOLOMEYCZIK allerdings nur bezüglich marktbeherrschender Unternehmen vertreten[1] - die Auffassung richtig wäre, daß § 12 Abs. 1 Ziff. 1 hinsichtlich der Konditionenkartelle die KBn nicht ermächtigt, generell zu überprüfen, ob alle kartellmäßig festgelegten AGB einen angemessenen Inhalt haben, sondern nur insoweit, als die Regeln nicht auch von Einzelunternehmen auf dem freien Markt verwandt werden.[2]

Sollte sich herausstellen, daß die Allgemeinüblichkeit bestimmter, evtl. sogar unzulässiger Klauseln eine absolute Grenze für jede kartellbehördliche Kontrolle darstellen würde,

1) Bartholomeyczik, Gem.-Komm., § 22 Anm. 99.

2) Ähnlich auch v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 26, im Zusammenhang mit Fragen des Mißbrauchs bei kartellgebundener Anwendung im Einzelfalle zulässiger Klauseln.

so wäre damit in der Tat die Voraussetzung für ein Vorgehen der Behörden sehr eng gefaßt. Das käme praktisch einer Beschränkung ihrer Eingriffsbefugnisse auf solche AGB gleich, die in ständiger Rechtsprechung von den ordentlichen Gerichten bisher im Einzelfall für unzulässig angesehen worden sind. Denn ein Blick auf die in vielen Branchen Anwendung findenden AGB beweist, daß geschickte Kautelarjuristen jede Reaktion der Rechtsprechung verfolgen und die AGB vielfach derart ausgestalten, daß deren Inhalt hart unterhalb der von den Gerichten gezogenen Inhaltsgrenzen liegt.

Eine an den Gesichtpunkten der Allgemeinüblichkeit orientierte Eingriffsbefugnis würde im Ergebnis also nicht weiter reichen, als die Rechtsprechung bisher durch Anwendung der §§ 138 und 242 BGB erreicht hat. BARTHOLOMEYCZIK glaubt offenbar die Relevanz der Allgemeinüblichkeit aus dem Wortlaut des Gesetzes herleiten zu müssen, indem er darauf hinweist, es komme nur darauf an, "ob einzelne Geschäftsbedingungen unter mißbräuchlicher Ausnützung der Marktstellung zum Vertragsinhalt gemacht worden sind oder gemacht werden sollen". Es fehle folglich immer der ursächliche Zusammenhang zwischen der mißbräuchlichen Ausnutzung der Marktstellung und der Vertragsgestaltung, wenn die fragliche Klausel auch beim Abschluß von Verträgen durch Unternehmen ohne Monopolstellung verwandt werde.[1)]

Da der Wortlaut der Vorschrift des § 22 Abs. 3 sich mit dem der Norm des § 12 Abs. 1 nicht deckt, kann man zunächst einmal grundsätzlich bezweifeln, ob diese Ansicht überhaupt auf Konditionenkartelle bezogen werden muß. Aber auch hier scheint der Gesetzeswortlaut des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 eine auf die Kausalität zwischen der Vertragsgestaltung bzw. -durchführung und der durch Freistellung der Konditionenkartelle vom generellen Kartellverbot des § 1 erlangten tatsächlichen Machtstellung im Markt bezogene Auslegung dergestalt zuzulassen, daß ein Miß-

1) Bartholomeyczik, Gem.-Komm., § 22 Anm. 99.

brauch niemals dann vorliegt, wenn der Inhalt der Kartellvereinbarungen bzw. die Anwendung der einzelnen Bestimmungen auf dem ungebundenen Markt durchaus üblich und verbreitet sind.

Es stellen sich also jetzt die Fragen: Schließt die Allgemeinüblichkeit bestimmter AGB-Klauseln jede Einwirkungsmöglichkeit der KBn wegen Fehlens des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der tatsächlichen Machtstellung des Kartells und der Vertragsgestaltung aus? Mißbraucht ein Konditionenkartell seine Marktmacht bezüglich im Einzelfalle unzulässiger AGB nur dann, wenn die Gesamtheit seiner Regeln oder eine einzelne Klausel über das Maß des allgemein Üblichen hinausgehen?

Unter Zugrundelegung der Bewertungsmaßstäbe, die bei dem oben angestellten Versuch der Mißbrauchsanalyse ermittelt worden sind, wird man bei der Untersuchung dieser Fragen zu einer eindeutigen Verneinung gelangen. Wenn man nämlich davon ausgeht, daß ein Konditionenkartell seine mit dem Zusammenschluß einzelner Unternehmen stets zustandekommende tatsächliche Machtstellung immer dann mißbraucht, wenn die Vorteile der durch die kartellmäßige Festlegung von AGB geförderten Markttransparenz und des gleichzeitig gesteigerten Hauptleistungswettbewerbs durch schwererwiegende Nachteile für die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl kompensiert werden, so wird man zugestehen müssen, daß die genannten wirtschaftlich wünschenswerten Vorteile auch in den Fällen von Nachteilen für das Allgemeininteresse aufgewogen werden, in denen im Einzelfall unzulässige, wenn auch allgemein übliche AGB von Kartellmitgliedern vereinbart und angewandt werden.

Die Wirkung der AGB, die sowohl von einem Einzelunternehmer als auch von mehreren Unternehmen aufgestellt werden, besteht u.a. darin, daß die Vorstellung hervorgerufen wird, diese Regeln seien allgemein üblich und Rechtsgeschäfte mit anderem Inhalt seien nicht oder doch nur schwer abzuschließen.[1] Die

1) Lukes, Kartellvertrag, S. 23 ff.

künftigen Einzelrechtsgeschäftspartner werden diesbezüglich in ihrer Vorstellung beeinflußt, und ihre Bereitschaft zur Inkaufnahme dieser evtl. unzulässigen Bedingungen wird erhöht. In dieser für sämtliche AGB typischen Motivationswirkung auf Dritte besteht schon bei Anwendung durch einen einzelnen AGB-Aufsteller eine Gefahr für die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl. Was aber schon allgemein für zulässige AGB gilt, muß in erhöhtem Maße für im Einzelfalle unlautere AGB gelten. Denn unlautere AGB können im Zeitalter des Massenverkehrs auf diese Weise in breiter Front Eingang in eine ungeheure Zahl von Einzelverträgen finden. Trotz dieser im Wesen der AGB liegenden nachteiligen Wirkung darf nicht übersehen werden, daß immer dann, wenn solche Regeln auf Grund einer Kartellabsprache zur Anwendung gelangen, schon die Möglichkeit, zu günstigeren und sachlich gerechtfertigten Bedingungen abzuschließen, für den Einzelrechtsgeschäftspartner von vornherein nicht besteht. Das Argument, der Kunde könne auf kartellmäßig nicht organisierte Unternehmen ausweichen und bei ihnen versuchen, "Bedingungsnachlässe" zu erwirken, vermag (abgesehen davon, daß dem juristisch ungeschulten Kunden regelmäßig die Einsichtsfähigkeit in die Tragweite dieser und jener AGB fehlt und er deshalb ein solches Ausweichmanöver kaum vornehmen wird,) die Kartellmitglieder aus ihrer Verantwortung nicht zu entlassen, die Aufstellung und Anwendung unzulässiger, wenn auch allgemein üblicher Regeln zu unterlassen.

Insofern trifft das Kollektiv eine größere Verantwortung als den Einzelunternehmer. Der Grundsatz, daß marktstarke Wirtschaftssubjekte unter einer erhöhten Verantwortung beim Abschluß von Verträgen mit ihren Kunden stehen, hat im GWB z.B. im allgemeinen Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 seinen Niederschlag gefunden. Aber auch in den Fällen, in denen das GWB ein Einschreiten der KBn wegen Mißbrauchs einer Marktstellung zuläßt, wird der Gesichtspunkt willkürlicher Diskriminierung erheblich.[1] So verlangt § 3 Abs. 1 als Voraussetzung

1) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 26 GWB, Anm. 25.

für die Zulässigkeit eines Rabattkartells ausdrücklich, daß keine Diskriminierung vorliegt.

Da also jede Aufstellung und Anwendung unlauterer AGB einen Nachteil für das Allgemeinwohl bedeuten,[1)] kann eine Relativierung der Gemeinschaftswidrigkeit durch die Bezugnahme auf die Allgemeinüblichkeit aus diesen Gründen nicht erfolgen. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird auch durch die Überlegung bestätigt, daß die Anwendung im Einzelfalle nicht beanstandenswerter Klauseln gerade durch die kartellmäßige Bindung bedenklich werden kann, weil das Rechtsverhältnis zwischen dem Einzelrechtsgeschäftspartner und dem AGB-anwendenden Unternehmer durch dessen Kartellmitgliedschaft auch unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten - etwa gem. §§ 138 und 242 BGB - entscheidend beeinflußt wird.

Ein Konditionenkartell, das die einheitliche Anwendung im Einzelfall unzulässiger AGB zum Gegenstand hat, handelt also immer den Interessen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls in dem Maße zuwider, daß die gesamtwirtschaftlichen Vorteile in Gestalt geförderter Markttransparenz und gesteigerten Hauptleistungswettbewerbs aufgewogen werden, so daß ein Eingreifen der KBn in diesem Falle stets gerechtfertigt ist. Immer dann, wenn das unter der erhöhten Verantwortung der kollektiven Wirtschaftsmacht stehende Kartell im Einzelfalle unlautere, wenn auch allgemein übliche AGB aufstellt und anwendet, mißbraucht es daher die "durch Freistellung von § 1 erlangte Stellung im Markt" gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 1. Die Allgemeinüblichkeit im Einzelfalle mißbilligenswerter Klauseln stellt somit keine Grenze für die kartellbehördliche Kontrolle kartellmäßig festgelegter AGB dar.

---

1) Raiser, AGB, S. 277 ff., sieht die Gleichung: "Aufstellung und Anwendung unzulässiger AGB = Verstoß gegen das Allgemeininteresse" in umgekehrter Folge und gelangt auf diese Weise zu einer konkreten Inhaltsgrenze für die Vertragsfreiheit bzw. die Anwendung Allgemeiner GB.

Aus ähnlichen Erwägungen heraus kann auch die Nichtbeanstandung von AGB-Klauseln in der gem. § 2 Abs. 2 bei der Anmeldung eines Konditionenkartells erforderlichen Stellungnahme der Betroffenenverbände keine Einschränkung der kartellbehördlichen Kontrollbefugnis bedeuten. Die Anhörungspflicht der Lieferanten und Abnehmer, die durch ein Konditionenkartell betroffen werden, kann nicht in der Weise aufgefaßt werden, als ob in die Verfahren vor den KBn gleichsam eine Parteimaxime hineingetragen werden sollte. Der Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 kann vielmehr nur darin gesehen werden, daß den KBn Material an die Hand gegeben werden soll, das ihre Entscheidungstätigkeit erleichtert. Gleichzeitig wird § 2 Abs. 2 dabei den in der AGB-Literatur erhobenen Forderungen[1] nach Mitwirkung von Betroffenenorganisationen bei der Aufstellung von AGB als AGB-Kontrollmittel gerecht.[2] Obwohl zwar eine Vermutung für die Lauterkeit nach § 2 Abs. 2 nicht beanstandeter AGB-Klauseln spricht, kann die Stellungnahme der Betroffenen keine absolute Schranke für die kartellbehördliche Bewertungstätigkeit darstellen. Denn die Frage, ob eine AGB-Klausel lauter oder unlauter ist, kann nur von der Rechtsordnung und nicht von einzelnen Rechtssubjekten beantwortet werden.

Eng verknüpft mit der Relevanz der Allgemeinüblichkeit ist die Frage, inwieweit die Änderung der vor dem Wirksamwerden eines Konditionenkartells bestehenden Verhältnisse auf dem freien Markt legaler Kartellzweck ist.

---

1) Hinweis bei Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 465.

2) In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, daß z.B. das Konditionenkartell von Gipswerken (Anmeldung: Bekanntm. Nr. 15/58 v. 30.6.1958, BAnz. Nr. 127 v. 8.7.1958, WuW 1958, S. 449; Eintragung: Bekanntm. Nr. 53/58 v. 14.10.1958, BAnz. Nr. 207 v. 28.10.1958, WuW 1959, S. 105) unter dem Druck seiner Abnehmer Teile seiner Zahlungs- und Lieferungsbedingungen aus dem Vertragswerk herausgenommen hat. Vgl. Bekanntm. Nr. 53/58 v. 14.10.1958, des BKA in WuW 1959, S. 105 Note 1. Ähnlich lagen die Verhältnisse beim Konditionenkartell der Deutschen Baumwollspinnerei; vgl. Bekanntm. Nr. 60/58 des BKA v. 31.10.1958, BAnz. Nr. 221 v. 15.11.1958, WuW 1959, S. 113 Note 2 und Presseinformation des BKA Nr. 4/58 v. 24.10.1958, abgedr. bei v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 73.

Dieses Problem wird von V. BRUNN im Zusammenhang mit Fragen des Mißbrauchs bei kartellgebundener Anwendung im Einzelfalle zulässiger AGB aufgeworfen. V. BRUNN vertritt dabei die Ansicht, daß die KB auf dem Gebiet der AGB nicht nur solche Klauseln widerspruchslos zulassen muß, die auf dem betreffenden Markt bisher üblich waren, sondern daß darüber hinaus solche Bestimmungen nicht durch einen Widerspruch der Behörde zu Fall gebracht werden dürfen, die in gewissem Umfange noch über das hinausgehen, was man bisher auf dem Markte erreicht hatte.[1] Da die Aufgabe der KB - so argumentiert er - eine wirtschaftspolitische und nicht eine rechtspolitische sei, dürfe es nicht dahin kommen, daß auf dem Umweg über die vom GWB vorgeschriebene Anhörung der Marktgegenseite etwas durchgesetzt werde, was sich bisher auf dem ungebundenen Markte gerade nicht durchsetzen ließ und auch nicht mit Hilfe der Gerichte durchgesetzt werden konnte. Es sei beim Konditionenkartell außerdem der Zweck der Institution, seinen Mitgliedern "bessere" Bedingungen zu sichern, als sie bei freiem Wettbewerb auf dem Gebiete der AGB vereinbart würden. Es sei der natürliche und mit der Zulassung des Kartells vom Gesetz anerkannte Zweck des Zusammenschlusses, daß die Beteiligten mit diesem gemeinsamen Vorgehen etwas erreichen dürfen, was sie jeder für sich allein hätten nicht erringen können. Wenn man jede Bedingung als mißbräuchlich ansehe, die das Kartellmitglied besser stelle, als es dem Unternehmen vor Erlangung der günstigen Marktposition möglich war, so würde man der Zulassung der Konditionenkartelle den Inhalt nehmen. Es wäre sinnlos gewesen, gewisse Kartellbildungen im GWB anzuerkennen, wenn man damit nicht diesem Zwecke des Zusammenschlusses die Legalität hätte zuerkennen wollen.

Auch von V. BRUNN wird also nicht bestritten, daß das GWB trotz seiner vornehmlich wirtschaftspolitischen Zielsetzung den KBn in § 2 Abs. 3 und § 12 die Ermächtigung zugesprochen hat, die kartellgebundene Anwendung im Einzelfalle unzulässiger AGB im

1) v. Brunn, WuW 1958, S. 141; ders., Verwaltungspraxis, S. 26.

Wege des Widerspruchs und der Mißbrauchsaufsicht zu bekämpfen, obwohl jedes Kartellmitglied vor Abschluß des Vertrages oder Beschlusses die Möglichkeit gehabt hätte, Einzelverträge zu unbilligen Bedingungen abzuschließen.[1] Daß das Argument, man müsse über das Maß dessen, was bisher auf dem ungebundenen Markt von dem Einzelunternehmen erreichbar war, im gewissen Umfange nach der Kartellabsprache noch hinausgehen dürfen, weil das Gesetz dem Zweck dieses Zusammenschlusses, der Machtverstärkung und Positionsverbesserung im Markte, Legalität zuerkannt habe, in dieser Verallgemeinerung nicht stichhaltig ist, vermag ein Hinweis auf § 26 Abs. 2 darzutun. Steht es einem nicht marktbeherrschenden Einzelunternehmen, das kartellmäßig nicht gebunden ist, grundsätzlich frei, mit wem und zu welchen Bedingungen es abschließen will, weil ein allgemeines Diskriminierungsverbot einer freiheitlichen Ordnung und dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG widersprechen und den Wettbewerb in seinen wesenseigenen Funktionen treffen würde,[2][3] so ist es nach Abschluß eines Kartellvertrages in seiner rechtlichen und wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit insoweit eingeschränkt, als es ein anderes Unternehmen "in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder

---

1) Anders können die Ausführungen v. Brunns, Verwaltungspraxis, S. 22 Note 37, nicht verstanden werden, der im übrigen mehrfach betont, daß das Konditionenkartell, dessen "Harmlosigkeit" durch die gesetzliche Ausgestaltung als ein Anmeldekartell anerkannt sei (Verwaltungspraxis, S. 69), eine sehr geringfügige Art der Wettbewerbsbeschränkung darstelle (Verwaltungspraxis, S. 13, 28, 69; Gem.-Komm. § 2 Anm. 4; WuW 1958, S. 135), jedoch nur im Zusammenhang mit der Frage nach dem legalen Kartellzweck ausdrücklich bemerkt, daß der Abschluß eines Konditionenkartellvertrages stets notwendigerweise eine Machtverstärkung der Beteiligten bedeute (Verwaltungspraxis, S. 26).

2) Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 26 GWB Anm. 23.

3) Das Dekartellierungsrecht (Art. V Ziff. 9, Buchst. c 4) statuierte erstmals ein Diskriminierungsverbot das unterschiedliche Behandlungen in jeder Form verbot, allerdings wohl eine Absprache voraussetzte, vgl. BGHZ Bd. 19, S. 72; Möhring, GR 49, S. 271.

gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln" darf.

Mit einer Kartellbildung erreichen die Beteiligten in dieser Hinsicht also stets "weniger" als sie ohne den kartellmäßigen Zusammenschluß haben würden. Trotzdem wird man aber doch nicht ohne Einschränkung sagen können, daß deshalb die Kartellvereinbarung jedes Sinnes entbehre. Denn das Plus liegt für die Kartellmitglieder auf einem anderen Gebiet, nämlich auf dem Gebiet der Konkurrenzbegrenzung. Wenn ein Unternehmer die Vorteile einer solchen Konkurrenzbegrenzung niedriger bewertet als die Nachteile, die ihm als Kartellmitglied - wie in unserem Falle aus dem Diskriminierungsverbot - erwachsen, dann mag er von einer Kartellabrede Abstand nehmen. Ähnlich wie beim Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 liegen die Verhältnisse bei der kartellgebundenen Anwendung im Einzelfalle unzulässiger AGB.

Es kann beim Konditionenkartell nicht Sinn der Institution sein, wegen ihres natürlichen und mit der Zulassung der Kartellbildung legalisierten Zwecks des Zusammenschlusses zu einem wirtschaftlichen Machtgebilde, daß die Beteiligten mit ihrem gemeinsamen Vorgehen auf dem Gebiete unzulässiger AGB mehr erreichen, als sie zuvor jeder für sich allein - wenn auch unter dem Risiko, evtl. von einem ordentlichen Gericht in einem Einzelfalle eingeschränkt zu werden - erreichen konnten. Wie aus § 2 Abs. 3 hervorgeht, hat der Gesetzgeber gerade dem Zweck des Zusammenschlusses in einem Konditionenkartell, nämlich wirtschaftliche Machterweiterung auf dem Gebiete der AGB, Legalität nur insoweit zuerkannt, als der Kartellvertrag oder -beschluß oder die Art seiner Durchführung nicht mißbräuchlich im Sinne des § 12 sind. Daß aber die kartellmäßige Festlegung und Anwendung im Einzelfalle unzulässiger und sogar auf dem ungebundenen Markt allgemein üblicher AGB eindeutig einen Mißbrauch der durch die Freistellung eines Konditionenkartells vom allgemeinen Kartellverbot des § 1 erlangten Stel-

lung im Markte darstellt, wurde bereits darzulegen versucht.[1)]

Da die Verwaltungsorgane in der Beurteilung von Fragen des Zivilrechts grundsätzlich von der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte unabhängig sind,[2)] und trotz der - ohnehin unzulänglichen - Entscheidungspraxis der Justizgerichte auf dem ungebundenen Markt die Durchsetzung unzulässiger AGB-Klauseln wegen mangelnder Einsichtsfähigkeit der Einzelrechtsgeschäftspartner zumindest theoretisch noch allgemein möglich sein kann, müssen bezüglich im Einzelfall unzulässiger Regeln insoweit die Verhältnisse vor dem Wirksamwerden des Konditionenkartells als Grenze des Mindestzulässigen von vornherein ausscheiden.

IV. Unabhängigkeit der KBn bei der Ermittlung der Unlauterkeit von AGB

Bisher wurde festgestellt, daß bei kartellgebundener Anwendung im Einzelfalle unzulässiger AGB die Prüfung von Fragen des allgemeinen Vertragsrechts durch die KBn grundsätzlich zulässig ist, daß insoweit keine Zuständigkeitskonkurrenz zwischen ihnen und den ordentlichen Gerichten[3)] und auch eine inhaltliche Bindung an die sog. ständige Rechtsprechung nicht besteht, zumal es eine solche zur Zulässigkeit des Inhalts von AGB in Wahrheit gar nicht gibt.[4)] Sodann hat die Untersuchung der Vorschriften der §§ 2 Abs. 3 und 12 Abs. 1 Ziff. 1 ergeben, daß die kartellmäßige Festlegung und Anwendung einer im Einzelfall unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten unzulässigen AGB-Klausel stets mißbräuchlich i.S. des § 12 ist.[5)]

---

1) s.o. S. 195 ff.
2) s.o. S. 183 ff.
3) s.o. S. 181 ff.
4) s.o. S. 183 ff.
5) s.o. S. 195 ff.

Nun erheben sich die weiteren Fragen, wann der Inhalt von AGB unbillig, unlauter, mißbilligenswert, unzulässig oder unwirksam ist. Weiter fragt sich, welche konkreten Bewertungsmaßstäbe die von bestimmten Rechtsansichten unabhängigen KBn bei der Inhaltskontrolle eines AGB-Vertragswerks anlegen sollen, wenn es zu prüfen gilt, ob darin enthaltene bestimmte Klauseln schon bei Aufstellung und Anwendung durch einen ungebundenen Unternehmer unter nichtkartellgesetzlichen Gesichtspunkten unzulässig wären.

Als Antwort kann zunächst einmal festgestellt werden, daß sich die Behörden grundsätzlich jeder zur inhaltlichen Begrenzung von AGB entwickelten Rechtsansicht in der Literatur anschliessen können,[1] soweit die vertretene Meinung in rechtsdogmatischer Hinsicht die Billigung der Verwaltungsbehörden finden würde. Trotzdem werden sie sich angesichts der fast von der gesamten Wissenschaft vorgebrachten Kritik an der bisherigen Praxis der ordentlichen Gerichte auf dem Gebiete der Bekämpfung unbilliger AGB nicht mit den unzulänglichen Unlauterkeitsmaßstäben gem. §§ 138 und 242 BGB - wobei § 242 BGB ohnehin von der Rechtsprechung über Gebühr strapaziert wird[2] - zufrieden geben dürfen.

Nun könnte man wegen der Vielzahl der in der Literatur aufgezeigten Vorschläge und Lösungen[3] der Ansicht sein, gerade ihre große Zahl lasse vermuten, daß die vorgeschlagenen Lösungswege nicht bedenkenlos gangbar seien. Dabei wird jedoch außer acht gelassen, daß von den einzelnen Autoren zwar die verschiedensten Inhaltsgrenzen vorgeschlagen, daß alle diese Grenzen je-

---

1) s.o. S. 44 ff.

2) v. Nottbeck, aaO., S. 72 ff.

3) Die Grenzen der Vertragsfreiheit, der Privatautonomie, der verfassungsmäßigen Ordnung, das Sozialstaatsprinzip, das Allgemeininteresse, Verstoß gegen die öffentl. Ordnung, Generalklauseln, de lege ferenda usw.; vgl. die Aufzählungen bei Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 463 ff.

doch überwiegend de lege lata als ausreichend angesehen werden, den Inhalt von AGB zu beschränken,[1] und daß eine wesentliche Verschiedenheit der Ansichten über den konkreten Maßstab dafür, wann die jeweilige Grenze überschritten wird, kaum besteht.

Auch für kartellmäßig festgelegte AGB bedeutet die Mißbrauchsvorschrift des § 12 zwar eine besondere gesetzlich bestimmte Inhaltsgrenze, die aber keine allgemeine Formel dafür enthält, was die AGB der Kartellmitglieder nun alles enthalten dürfen und was nicht. Es ist jedoch ziemlich unwahrscheinlich, daß sich die KBn bei der Bekämpfung solcher AGB-Klauseln, deren Aufstellung und Anwendung nach der herrschenden Literaturmeinung - wenn auch unter Heranziehung der verschiedensten Inhaltsschranken - mißbilligt wird, in ihren Ansichten über deren weitgehende Gemeinsamkeit bei der Ermittlung konkreter Unzulässigkeitsmaßstäbe hinwegsetzen werden. Die Praktikabilität der Prüfungsmethode, wann eine jeweilige Inhaltsschranke als überschritten angesehen werden muß, ist zu offensichtlich.

Wie aber sieht nun diese Methode aus, die eine konkrete Bestimmung dessen ermöglicht, was in AGB im Einzelfalle unlauter und unbillig und was zulässig und billigenswert ist? Ausgangspunkt der weitgehend einheitlichen Meinung ist der Vergleich mit einem Normalfall, wie ihn der Gesetzgeber für die Rechtsgeschäfte der in Frage kommenden Art nicht nur in zwingenden, sondern vornehmlich auch in den dispositiven Normen vorgezeichnet hat. Unsere Literatur ist sich heute nämlich weitgehend darüber einig, daß die dispositiven Gesetzesbestimmungen genau wie die zwingenden Normen echte Ordnungsfunk-

---

1) Insofern dürfen die Bemühungen Mrochs, aaO., nicht mißverstanden werden. Auch nach seiner Ansicht wird die Vertragsfreiheit schon de lege lata von den Ordnungsfunktionen des dispositiven Rechts begrenzt. Da die Praxis daraus jedoch bis heute noch nicht die Konsequenzen gezogen hat, glaubt er, daß durch eine Veränderung der Gesetze das bereits de lege lata Erreichbare verdeutlicht werden müsse; vgl. Mroch, aaO., S. 40.

tionen beinhalten.[1)]

Es kann nicht bestritten werden, daß das dispositive Recht sich im Verein mit den zwingenden Vorschriften des Gesetzes als die vom Gesetzgeber billig und gerecht empfundene gesetzliche Normallösung darstellt. Die dispositiven Normen sind aus einer normalen Interessenlage der Parteien geschaffene Rechtssätze und enthalten eine wohlerwogene Bewertung des Gesetzgebers, die nicht ohne weiteres außer Betracht bleiben darf. Auch das nachgiebige Recht verlangt Respekt, wenn auch in einem schwächeren Maße als das ius cogens.[2)] Es enthält die normale Ordnung eines Lebensverhältnisses[3)] und ist insoweit kein "Lückenbüßer",[4)] als die Beteiligten rechtsgeschäftlich keine abweichende Regelung getroffen haben.[5)]

Zwar besteht das Wesen des dispositiven Rechts darin, daß es immer dann gilt, wenn bei einseitigen Rechtsgeschäften die

---

1) Ballerstedt, JZ 1956, S. 270; Baumbach-Hefermehl, aaO., zu § 2 GWB Anm. 1; Brandt, DRW 1940, S. 76 ff. (aber zu weitgehend, da er dispositives Recht in vielen Fällen dem zwingenden Recht - auch bei Einzelverträgen - gleichsetzt und für die Abänderung des Gesetzes durch AGB eine besondere schriftliche Begründung verlangt.); v. Caemmerer, JZ 1953, S. 97 ff. (99); Enn.-Nipperdey, aaO., § 49 III und § 163 VI 4; Erman-Hefermehl, aaO., Vorbem. 4 vor § 145; Flume, aaO., S. 671; Haupt, ZAkadDR 1943, S. 84 ff. (87); v. Hippel, Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts (1957) S. 27, Note 17 a; Hurst, aaO., S. 135 ff.; H. Lange, BGB Allgem. T., 4. Aufl., (1958) § 8 VII 2 d); Larenz, aaO., § 8 III, § 34; Lehmann, aaO., § 3 VII 4; Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 481 f.; Meeske, BB 1959, S. 861; Mroch, aaO., S. 39, 46 f., 62 f., und 72; Nastelski, DRiZ 1955, S. 212 ff. (214); Nipperdey, DRZ 1950, S. 193 ff. (198); v. Nottbeck, aaO., S. 94 ff. und 127 f.; Raiser, AGB, S. 293 ff.; Roquette, JW 1938, S. 545 ff. (549); Staud.-Nipperdey, aaO., Vorbem. 17 vor § 688, § 701 Anm. 39.

2) Enn.-Nipperdey, aaO., § 49 III.

3) Raiser, AGB, S. 293 ff.

4) Roquette, JW 1938, S. 549.

5) Zum Gerechtigkeitsmoment, das den Rechtsnormen zugrunde liegt, vgl. Lukes, Kartellvertrag, S. 201 f.; zu den Ordnungsfunktionen des dispositiven Rechts, vgl. Lukes, Kartellvertrag, S. 232 ff. mit weiteren Hinweisen.

Privatautonomie eines Einzelnen oder bei zwei- oder mehrseitigen Rechtsgeschäften der Wille der Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit nicht dazu verwandt wurden, ihre Rechtsbeziehungen anders zu gestalten. Doch kann man nicht sagen, daß der Sinn und Zweck der abdingbaren Normen geradezu in der Aufgabe besteht, abgeändert und zurückgedrängt zu werden. Sie sind und bleiben ein objektiver Maßstab für das, was im Regelfall nach Qualität und Quantität an Rechten und Pflichten im Sinne eines gerechten Ausgleichs auf die Beteiligten eines Lebenssachverhalts verteilt wird. Nur innerhalb der Grenzen der Privatautonomiebefugnisse und innerhalb der Vertragsfreiheit, wenn die Möglichkeit des freien Aushandelns der Vertragsbedingungen und damit automatisch eine "Richtigkeitskontrolle"[1] gegeben ist, ist das nachgiebige Recht abdingbar.[2]

AGB, die von ihren Urhebern unter Inanspruchnahme und Ausnutzung sozialer Macht[3] aufgestellt und angewandt werden, die regelmäßig nicht im Wege freien Aushandelns Eingang in Einzelvertragsverhältnisse finden und die wegen ihrer tatsächlichen Wirkung auf die zukünftigen Einzelrechtsgeschäftspartner angesichts der meist automatischen Unterwerfung in Gestalt und Wirkung weitgehend Normencharakter[4] tragen, - sie ordnen nicht nur die Rechtssphäre ihrer Urheber, sondern wirken auch auf den Rechtsbereich Dritter ein -, müssen den Gerechtigkeits- und Billigkeitserfordernissen entsprechen, wie

---

1) Schmidt-Rimpler, AcP Bd. 147, S. 130 ff.

2) Vgl. Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 480 ff. bzgl. der Grenzen der Privatautonomie; Enn.-Nipperdey, aaO., § 49 III und Note 11 und Hurst, aaO., S. 135 ff., bzgl. der Grenzen der Vertragsfreiheit mit zahlreichen Hinweisen auf die Ansätze in dieser Richtung in der Rechtsprechung und der Literatur zu den AGB und zur Reform des Vertragsrechts.

3) Krause, BB 1955, S. 265 ff. (268).

4) Vgl. RGZ Bd. 171 S. 48, wo eine Auslegung "ähnlich wie bei Gesetzen" gefordert wird; zur Revisibilität der AGB vgl. Enn.-Nipperdey, aaO., § 206 II und Note 20; Helm, Jus 1965, S. 122/23.

sie nicht nur im zwingenden Recht, sondern auch in den abdingbaren Normen unserer Gesetze ihren Niederschlag gefunden haben.[1)]

Der Inhalt von AGB muß also einen Vergleich mit den Gerechtigkeitsvorstellungen unserer Gesetze aushalten, wollen sie den Anspruch erheben, nicht unbillig und unzulässig zu sein. Immer dann, wenn sich bei einem solchen Vergleich mit dem Normalfall der Interessenlage, wie er im Gesetz zwingend und nachgiebig geregelt ist, bzw. wie er sich mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung nach den gesetzlichen Werturteilen darstellt, ergibt, daß derjenige, der die AGB aufstellt und anwendet, in bestimmten Klauseln erstens einseitig und zweitens ungerechtfertigt allein seine eigenen Interessen auf Kosten der Einzelvertragspartner verfolgt, also nicht in dem Bewußtsein der erhöhten Verantwortung eines Gesetzgebers handelt,[2)] dann sind die betreffenden Bestimmungen unzulässig.[3)]

Wie die Technik des Vergleichens von AGB mit den dispositiven Normen im einzelnen zu erfolgen hat, wird von LUKES dargelegt.[4)] Nach seiner Methode müssen zunächst die Rechte und

---

1) Diese Forderung nach der Beachtung der gesetzlichen Wertmaßstäbe, wie sie der Gesetzgeber im dispositiven Recht aufgestellt hat, soll nur auf AGB, nicht aber auf Bestimmungen des Einzelvertrages beschränkt bleiben, weil die unterschiedliche Gefahrenlage für den Einzelvertragspartner bei Vertragsabschlüssen auf der Basis von AGB für eine unterschiedliche rechtliche Behandlung spricht. Vgl. Fischer, BB 1957, S. 486; Helm, Jus 1965, S. 127 ff.; Nastelski, DRiZ 1955, S. 214; Mroch, aaO., S. 48; s. auch BGHZ Bd. 22, S. 97, Bd. 41, S. 151 (154/55); BGH Urt. v. 4.11.1964 - VIII ZR 46/63 - in NJW 1965, S. 246.

2) Diese Forderungen stellen Großmann-Doerth, Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, 1934, S. 202, und Nastelski, DRiZ 1955, S. 212 ff.

3) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 482 ff., kommt aber wegen der Behandlung des Aufstellungsvorgangs als einheitliches Rechtsgeschäft zur Gesamtnichtigkeit aller aufgestellten AGB.

4) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 481 f.

Pflichten des Aufstellers und die des künftigen Einzelvertragspartners gem. den AGB zusammengestellt werden. Sodann können die Rechte und Pflichten der beiden Parteien nach den AGB mit denen nach der typischen gesetzlichen Regelung verglichen werden. Stellt sich dabei heraus, daß die Rechte- und Pflichtenverteilung, wie sie das Gesetz vorsieht, in den AGB zugunsten des Urhebers und zu Lasten des Einzelvertragspartners verschoben ist, so liegt eine einseitige Interessenverfolgung des Aufstellers vor, die jedoch allein über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der AGB noch nichts aussagt. Es muß nämlich noch festgestellt werden, ob die einseitige Interessenverfolgung in den AGB ungerechtfertigt ist. So, wie auch die Gesetzesvorschriften bestimmte Lebenssachverhalte rechtlich regeln, ist es nicht ausgeschlossen, daß die AGB eines Unternehmers bestimmten sachlichen Gegebenheiten Rechnung tragen und deshalb sachlich geboten sein können. Liegt jedoch den AGB keine andere als die vom Gesetzgeber für den Regelfall angenommene Interessenlage zugrunde, dann ist die einseitige Interessenverfolgung in den AGB ungerechtfertigt.

Die Sach- und Interessenlage kann natürlich nur dann richtig gewürdigt werden, wenn sowohl die subjektiven Besonderheiten in den Parteiensphären als auch die objektive Beschaffenheit bezüglich der Gegenstände, auf die sich die zukünftigen Einzelverträge beziehen, berücksichtigt werden.[1)]

Was die Merkmale für die Beurteilung dessen angeht, was ungerechtfertigt ist, bestehen in der Literatur allerdings geringfügige Unterschiede in den Ansichten. Während RAISER in den dispositiven Normen nicht nur den angemessenen und natürlichen Ausgleich der Partei-, sondern auch der Gemeinschaftsinteressen erblickt und deshalb eine Abdingung des Gesetzesrechts nur unter zusätzlicher Beachtung des allgemeinen Interesses als

---

1) Vgl. das Beispiel bei Enn.-Nipperdey, aaO., § 163, VI 4 am Ende; s. auch die Ausführungen bei Mroch, aaO., S. 62 ff.

gerechtfertigt gelten lassen will,[1] verlangt NIPPERDEY für die Zulässigkeit der Abdingung dispositiven Rechts durch AGB, daß die Abweichung durch eine rule of reason gedeckt ist[2] und keinen "groben Verstoß" gegen die Wertmaßstäbe enthält, die der Gesetzgeber im dispositiven Recht aufgestellt hat.[3] Einen vernünftigen Grund, eine iusta causa, fordern auch BRANDT,[4] v. CAEMMERER,[5] KRAUSE,[6] LANGE,[7] MROCH[8] und NASTELSKI.[9] Dagegen stellt LARENZ, der das Erfordernis einer iusta causa für zu weitgehend hält, weil in diesem Falle der Rechtsverkehr zu sehr gefesselt würde, auf die jeweilige Fallage ab.[10] Es bestehen also in dieser Hinsicht einige unterschiedliche Auffassungen. Einigkeit herrscht jedoch insoweit, als eine ungerechtfertigte Abweichung von den zwingenden und abdingbaren Bestimmungen des Gesetzes immer dann vorliegt, wenn die besondere Fallage der vom Gesetzgeber gewürdigten Gesetzeslage gänzlich gleicht oder weitgehend ähnelt und trotzdem eine völlige Negierung der im dispositiven

---

1) Raiser, AGB, S. 293 ff.; auch bei Haupt, ZAkadDR 1943, S. 84 ff. (87) findet sich die besondere Betonung der Belange der Gesamtrechtsordnung; s. auch v. Caemmerer, JZ 1953, S. 99; Mroch, aaO., S. 46.

2) Nipperdey, DRZ 1950, S. 198; ders. in Enn.-Nipperdey, aaO., § 49 III; kritisch zur Einführung des Grundsatzes der rule of reason Lukes, Kartellvertrag, S. 233 Anm. 8.

3) Enn.-Nipperdey, aaO., § 163 VI 4.

4) Brandt, DRW 1940, S. 76 ff., aber zu weitgehend, weil er das dispositive Recht bereits de lege lata für bindend hält, soweit keine iusta causa vorliegt, und er somit in den dispositiven Vorschriften eine unmittelbare Inhaltsschranke (Verbotsgesetz i.S. v. § 134 BGB) erblickt.

5) V. Caemmerer, JZ 1953, S. 99.

6) Krause, BB 1955, S. 265 ff.

7) Lange, aaO., § 8 VII 2 d).

8) Mroch, aaO., S. 46/47.

9) Nastelski, DRiZ 1955, S. 214.

10) Larenz, aaO., I. Bd., § 8 III.

Recht aufgestellten Wertmaßstäbe in den Regelungen der betreffenden AGB ihren Ausdruck gefunden hat.

Daß bei einem Vergleich bestimmter AGB mit den zwingenden und nachgiebigen Gesetzesvorschriften nicht schematisch vorgegangen werden kann, versteht sich aus der Vielschichtigkeit der Rechtsmaterie und der Kompliziertheit wirtschaftlicher Geschehensabläufe, in denen die AGB zum Teil ihren festen Platz finden. Es kommt nicht auf die vordergründige begriffliche Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstypus, wie Kauf, Miete, Werkvertrag usw. an, sondern auf das rechtlich zu würdigende Lebensverhältnis zwischen den beteiligten Gruppen unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten des betreffenden Geschäftszweiges.[1] So stellt sich z.B. der Kauf fabrikneuer Möbel soziologisch und rechtlich ganz anders dar als der Kauf gebrauchter Einrichtungsgegenstände.[2] Eine genaue Prüfung der jeweiligen Gegebenheiten wird vielleicht auf den ersten Blick befremdlich anmutende AGB als angängig und zweckmäßig erscheinen lassen und umgekehrt.[3]

Nur auf der Basis dieser in der Literatur weitgehend einheitlich vorgeschlagenen Technik bei der Feststellung dessen, was in AGB einseitig und ungerechtfertigt die Rechte des Urhebers auf Kosten des zukünftigen Einzelrechtsgeschäftspartners verfolgt, können die einzelnen Autoren zu einem brauchbaren Maßstab dafür gelangen, wann im Einzelfalle der Inhalt von AGB die Grenzen der Vertragsfreiheit, der Privatautonomiebefugnisse überschreitet, wann ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, das Allgemeininteresse, die Verfassungsordnung, das Sozialstaatsprinzip usw. vorliegt. Denn wenn die Verteilung von Rechten und Pflichten zwischen der AGB-aufstellenden und -an-

1) v. Caemmerer. JZ 1953, S. 99; Krause, BB 1955, S. 268/69; Mroch, aaO., S. 47; Nastelski, DRiZ 1955, S. 214; Raiser, AGB, S. 293.

2) Vgl. BGHZ Bd. 22, S. 90 ff.

3) Mroch, aaO., S. 47.

wendenden Partei und dem zukünftigen Einzelvertragspartner genau oder annähernd den Wertmaßstäben entspricht, wie sie der Gesetzgeber bei der Kodifikation vergleichbarer Gesetzesvorschriften für typische und normale Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten angelegt hat, dann kann wegen des immanenten Gerechtigkeitsgehalts der zwingenden und dispositiven Normen unmöglich die Ansicht vertreten werden, die Regelungen der AGB verstießen in diesem oder jenem Maße gegen eine bestimmte Inhaltsschranke. Zunächst muß also immer festgestellt werden, daß die Normalverteilung von Rechten und Pflichten in den AGB ungerechtfertigt zugunsten der Urheber und zuungunsten der Einzelvertragspartner verschoben ist; erst dann kann im einzelnen gesagt werden, warum diese und jene Verschiebung eine Überschreitung der jeweils als vertretbar angesehenen Inhaltsgrenze bedeutet.

Auch die KBn werden bei der Kontrolle des Inhalts kartellmäßig festgelegter AGB auf dessen Lauterkeit im Falle der Aufstellung und Anwendung durch einen einzelnen, kartellmäßig nicht gebundenen Unternehmer nicht umhin können, von der Ordnungsfunktion der dispositiven Gesetzesbestimmungen auszugehen, und wegen der Praktikabilität der aufgezeigten Vergleichstechnik unter ähnlichen Gesichtspunkten, wie sie in der Rechtslehre vertreten werden, zu versuchen, die Unbilligkeit der zu untersuchenden AGB festzustellen.

Dabei scheint jedoch auch für die KBn ein schwieriges Problem aufzutauchen, vor dessen Lösung sich in ähnlicher Weise nicht nur die Literatur, sondern auch die Rechtsprechung bei der Inhaltskontrolle von AGB gestellt sehen. Es stellt sich nämlich die Frage, ob im Falle festgestellter Unzulässigkeit die jeweiligen AGB in ihrer Gesamtheit unlauter sind oder ob nur einzelne Klauseln oder Gruppen von Klauseln, in denen sich die Mißachtung der von dem Gesetzgeber in den zwingenden und nachgiebigen Normen festgelegten Wertmaßstäbe vornehmlich manifestiert, als mißbilligenswert beanstandet und für unwirksam angesehen werden müssen.

Bei dieser Problemstellung muß jedoch vorab betont werden, daß es sich bei der hoheitlichen Kontrolle von AGB durch die KBn bezüglich der Einzelrechtsgeschäfte im Gegensatz zur richterlichen Inhaltskontrolle um eine abstrakte, d.h. losgelöste und unabhängig vom Vorliegen eines Einzelvertrages vorzunehmende Prüfung von AGB handelt. Während sich die Rechtsprechung in der vom Ergebnis her gesehenen richtigen Erkenntnis, daß es wünschenswert sei, die auf der Grundlage von AGB abgeschlossenen Einzelverträge in den Grenzen des Zulässigen aufrechtzuerhalten und nur die Unbilligkeiten zu beseitigen,[1] vor die rechtsdogmatisch de lege lata nicht leicht zu lösende Aufgabe gestellt sieht, bei Feststellung einer z.B. wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB zu mißbilligenden Regelung in AGB die Rechtsfolgen der Totalnichtigkeit des gesamten Einzelrechtsgeschäfts zu verneinen und gleichzeitig an Stelle der für unwirksam erachteten Klauseln die in Frage kommenden dispositiven Rechtsnormen anwenden zu können,[2] erscheint dieses Problem für die KBn in einer ähnli-

---

1) Bernhardt, DRW 1942, S. 1174; Herschel, DR 1939, S. 1264 und DR 1942, S. 759; Hildebrandt, AcP Bd. 143, S. 329; Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 484 f.; Mroch, aaO., S. 25 und 50; Raiser, AGB, S. 281; Volkmar, ZAkadDR 1937, S. 634; RGZ Bd. 150, S. 6; BGH, ständig, z.B. Bd. 22, S. 92.

2) Hier wird zur Begründung die Anwendung der Vorschrift des § 139 BGB, die "alles oder nichts" fordert, in Rechtsprechung und Literatur in wenig überzeugenden Konstruktionen z.T. ausdrücklich herangezogen und z.T. umgangen, indem das Rechtsgeschäft in einen guten und aufrecht zu erhaltenden und in einen schlechten, zu vernichtenden Teil zerlegt wird, ohne daß eine exakte Begründung gegeben wird. Vgl. z.B. auch RGZ Bd. 102, S. 396; Bd. 131, S. 213; Bd. 137, S. 305; BGHZ Bd. 5, S. 111; Bd. 22, S. 92, der dort ausführt: "Das RG ist in ständiger Rechtsprechung stillschweigend davon ausgegangen, daß die Nichtigkeit einer einzelnen Klausel im allgemeinen nicht die Annahme rechtfertigt, daß damit der ganze Vertrag nichtig sei. An ihr ist festzuhalten." Vgl. auch v. Brunn, Formularbedingungen, S. 114; Bernhardt, DRW 1942, S. 1171; Raiser, AGB, S. 319 ff. mit weiteren Zitaten. Zur Kritik und für Gesamtnichtigkeit vgl. besonders Pagenstecher, ZAkadDr 1939, S. 619 ff.; ders., Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, S. 19 ff.
Die Behauptung, bei teilnichtigen AGB würde über § 139 BGB dem hypothetischen Parteiwillen beider Partner entsprochen, ist eine begriffsjuristische Notlüge. Vgl. Haupt, ZAkadDR

chen, jedoch anderen Gestalt. Für sie geht es bei der Inhaltskontrolle nicht um Fragen der Aufrechterhaltung von Einzelrechtsgeschäften, sondern um die Lösung des Problems, Konditionenkartellverträge oder -beschlüsse nicht in ihrer Gesamtheit verwerfen zu müssen, sondern lediglich den Inhalt einzelner Regeln oder Gruppen von AGB-Klauseln beanstanden zu können. Man könnte nämlich annehmen, daß sich allein aus der Art und Weise, wie die Unbilligkeit und Unlauterkeit von AGB im konkreten Falle nur geprüft werden kann, entweder die Gesamtzulässigkeit aller Bestimmungen der AGB-Absprache oder ihre einheitliche Unlauterkeit ergeben müsse, so daß nach Anmeldung der Verträge oder Beschlüsse ein Widerspruch gem. § 2 Abs. 3 i.Verb.m. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 (bzw. nach Wirksamwerden des Kartells eine Maßnahme der Mißbrauchsaufsicht gem. § 12) gegen das gesamte Vertragswerk wegen Unzulässigkeit aller Klauseln erforderlich würde oder aber die KBn von gegen einzelne Bestimmungen gezielten Beanstandungen Abstand nehmen

---

1943, S. 86; Herschel, DR 1939, S. 1264 ff. will mit § 140 BGB helfen. Fischer, BB 1957, S. 484, will nicht auf den Parteiwillen, sondern auf die allgemeine Vorstellung der an solchen Verträgen typischerweise beteiligten Wirtschaftskreise abstellen. Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, S. 53 ff. und 99 ff., ders., JW 1922, S. 575, gelangt mit dem Argument des Kontrahierungszwanges aus § 826 BGB zu einer Pflicht des Urhebers von AGB, zu angemessenen Bedingungen am Vertrage festzuhalten, zur richterlichen Vertragskorrektur. Raiser, AGB, S. 323, leitet aus einigen Gesetzesvorschriften (§§ 276 Abs. 2, 617 - 619 und 1149 BGB, §§ 62, 74 HGB und § 89 VVG) den allgemeinen Rechtsgrundsatz ab, daß § 139 BGB nicht stets angewandt werden müsse und der Richter deshalb das Recht zur Vertragskorrektur habe.

müßten.[1] Eine gesamtheitliche Schau auf die Verteilung der Rechte und Pflichten der AGB-Aufsteller und der Einzelrechtsgeschäftspartner, wie sie einerseits in bestimmten AGB und andererseits in den auf typische Normalfälle zugeschnittenen Vorschriften des Gesetzes vorgesehen ist, scheint in der Tat für die kartellbehördliche Tätigkeit nur diese Alternativen zuzulassen. Denn - so könnte man argumentieren - wenn eine einseitige und ungerechtfertigte Interessenverfolgung der Kartellmitglieder in ihren Kartellbedingungen nur aus der Gesamtheit der AGB ersichtlich ist, dann kann sich das Prüfungsergebnis auch nur auf die Gesamtheit der AGB beziehen.

Eine solche Argumentation wird jedoch den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht. Auch die Rechtsprechung fordert die Inhaltskontrolle der AGB (wenn auch regelmäßig nur auf deren Vereinbarkeit mit den guten Sitten und Treu und Glauben) in ihrer Gesamtheit und in Verbindung mit den Besonderheiten des Vertrages, insbesondere mit den individuellen Vertragsabreden.[2] Sie sieht sich jedoch nicht gehindert, bei der Prüfung ihr Augenmerk auf besonders belastende Regeln zu richten und nur diese für nichtig zu erklären.[3][4]

---

1) Die Problemstellung darf natürlich nicht zu Zweifeln an der Tatsache führen, daß durch einen Widerspruch gem. § 2 Abs. 3 selbstverständlich immer das Wirksamwerden des gesamten Vertrages oder Beschlusses verhindert wird.

2) Vgl. z.B. RGZ Bd. 150, S. 6; zustimmend Müllereisert, aaO., S. 52; Pagenstecher, aaO., S. 14; Roquette, JW 1938, S. 548.

3) Vgl. BGHZ Bd. 33, S. 216 ff.

4) Auch am Beispiel der rechtlichen Behandlung von Preisüberschreitungen zeigt sich das Bemühen der Rechtsprechung, den für die Gesamtheit eines Rechtsgeschäfts geltenden "Alles-oder-Nichts"-Grundsatz, wie er in § 139 BGB normiert ist, zu durchbrechen und nur einzelne, besondere Bestimmungen eines Vertrages zu revidieren.
Das zu unzulässigen Überpreisen abgeschlossene Geschäft soll nicht als völlig nichtig, sondern als zum gesetzlichen Höchstpreis abgeschlossen gelten. Das ist ständige Rechtsprechung des RG und des BGH. Vgl. RGZ Bd. 166, S. 89 ff.; BGHZ in Betrieb 1953, S. 83 BGHZ Bd. 11, S. 90 ff.

Man kann schwerlich eine Summe von Rechten und Pflichten, die sich aus solchen unterschiedlich gearteten AGB-Bestimmungen ergeben, die z.B. für einen Vertragsteil prozessuale Erleichterungen im Falle eines Rechtsstreites gewähren, die Schutz und Sicherung vor den Ansprüchen des anderen bieten sollen, wenn Leistungsstörungen auftreten, oder die dem einen Partner weitgehendste Sicherungsmöglichkeiten an die Hand geben, mit der Summe von Rechte oder Pflichten vergleichen, wie sie durch schematische Addition der im Gesetz enthaltenen jeweiligen Quantitäten theoretisch zu ermitteln wäre. Ein solcher in mathematischer Abstraktion vorgenommener Vergleich der Risikoverteilung unter den Parteien ist für unseren Fall undenkbar. Man wird vielmehr die Rechte und Pflichten aus den AGB mit den jeweils korrespondierenden Rechten und Pflichten unserer gesetzlichen Bestimmungen als kommensurable Größen miteinander in Beziehung setzen müssen, um so mit Hilfe einer Mehrzahl von Vergleichsstationen zu einem Gesamtvergleich zu gelangen. Würde man nämlich anders verfahren, so käme man u.U. zu völlig unbilligen Ergebnissen: Die Rechte- und Pflichtenlage von Einzelvertragspartnern, denen man z.B. in Allgemeinen Verkaufsbedingungen einerseits weitreichendere Gewährschaftsrechte, als sie die §§ 459 ff. BGB gewähren, einräumen, andererseits jedoch mit ungerechtfertigten Gerichtsstandsklauseln belasten würde, entspräche "per saldo" vielleicht dem Interessenausgleich, wie er vom Gesetz für Kaufverträge normaler Art vorgesehen ist, trotzdem müßte sich jedoch ein Mißverhältnis zu ihren Ungunsten ergeben, wenn es wegen der räumlichen Distanz zwischen dem gesetzlichen und dem durch AGB festgelegten Gerichtsstand und wegen der verhältnismäßig niedrigen Höhe des Streitwertes fast nie zu einer Klageerhebung kommen würde. Man kann also sämtliche Rechte und Pflichten wegen einer in einer solchen abstrakten Addition enthaltenen gewissen Kompensationsgefahr nicht zunächst summieren und erst danach mit einer in ähnlicher Weise errechneten Gesamtsumme vergleichen, weil man dadurch ein richtiges Ergebnis über die Lauterkeit bzw. Unlauterkeit

der AGB nicht erzielen und somit zwangsläufig entweder zur Gesamtnichtigkeit oder zur Gesamtzulässigkeit aller AGB gelangen würde. Die Unzulässigkeit bestimmter AGB-Klauseln kann sich durchaus schon aus einem Vergleich bestimmter Einzelklauseln oder Gruppen von Einzelklauseln mit den entsprechenden Normen der Gesetze ergeben.[1] Daß für die KB kein Hindernis besteht, bei der Kontrolle kartellmäßig festgelegter AGB auf ihre Billigkeit im Einzelfalle Teile des gesamten Konditionenvertragswerks im Wege des Widerspruchs gem. § 2 Abs. 3 oder der Mißbrauchsaufsicht gem. § 12 zu Fall zu bringen, folgt auch zwingend aus dem Gesetzeswortlaut. Denn § 12 Abs. 1 bestimmt, daß die KB die in Absatz 2 bezeichneten Maßnahmen zu treffen hat, soweit die Verträge und Beschlüsse ... einen Mißbrauch ... darstellen. Das schließt natürlich eine ganzheitliche Betrachtungsweise bei dem Versuch zur Ermittlung von Unzulässigkeiten in den Bestimmungen nicht aus. Die Richtigkeit dieser Ansicht kann außerdem durch einen Hinweis auf die Vorschriften der §§ 19 und 22 Abs. 4 Satz 1 2. Halbs. unterstützt werden. Der moderne Gesetzgeber war sich offenbar der Unzulänglichkeit des § 139 BGB bewußt,[2] als er in § 19 Abs. 2 bestimmte, daß die KB bei Unwirksamkeitserklärungen einer Preisbindung oder einer Beschränkung der in § 18 benannten Art auf Antrag eines Beteiligten anordnen könne, daß die in ihrer Verfügung ausgesprochene Unwirksamkeit die Gültigkeit übriger vertraglicher Vereinbarungen nicht berühre. Für Verträge marktbeherrschender Unternehmen ist in § 22 Abs. 4 der §19ausdrücklich für anwendbar erklärt. Das Fehlen einer auf die Anwendbarkeit des § 19 hinweisenden Bestimmung in § 12

---

1) Wenn Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 484, zu dem Ergebnis gelangt: Entweder Gesamtnichtigkeit oder Gesamtwirksamkeit, so ist der eigentliche Grund in der Tatsache zu erblicken, daß er den Aufstellungsvorgang von AGB als ein einheitliches einseitiges Rechtsgeschäft betrachtet. Auch er hält es aber für möglich, daß sich die Überschreitung der Privatautonomiebefugnisse nur in einzelnen Klauseln manifestiert; vgl. S. 483.

2) Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses zu § 14 Reg.-Entw., BTDrucks., 2. Wahlper., zu Nr. 3644, S. 23/24.

läßt zwar vermuten, daß es der Gesetzgeber bezüglich der Rechtsbeziehungen der Kartellmitglieder untereinander bei der Grundsatzregel des § 139 BGB belassen wollte, (zumal die §§ 19 und 22 Abs. 4 nur das Verhältnis zu Dritten behandeln)[1] einer analogen Anwendung des in § 19 enthaltenen Rechtsgrundsatzes auf die Inhaltskontrolle einzelner Regelungen eines Konditionenvertragswerks durch die KBn dürften jedoch keine Bedenken entgegenstehen.[2]

Für die - wie oben dargelegt[3] - den KBn in § 12 u.a. übertragene Lösung der Aufgabe, im Einzelfalle unzulässige AGB in Konditionenvereinbarungen auf jeden Fall zu beanstanden, kann zusammenfassend festgestellt werden: Die KBn sind bei der Prüfung dessen, was im Einzelfalle unzulässig ist, erstens von bestimmten Rechtsansichten unabhängig, zweitens haben sie zur Ermittlung von Unbilligkeiten stets einen Vergleich der Interessenlage, wie sie in den entsprechenden zwingenden und dispositiven Gesetzesvorschriften für die beteiligten Partner ihren Niederschlag gefunden hat, (bzw. in Ermanglung einer gesetzlichen Regelung unter Zugrundelegung der Wertmaßstäbe des Gesetzgebers ihren Niederschlag finden würde) mit der Rechte- und Pflichtenlage, wie sie in den zu prüfenden AGB geregelt ist, vorzunehmen, und drittens können sie für den Fall, daß sie zur Bejahung von Unzulässigkeiten gelangen, nicht nur das Vertragswerk in seiner Gesamtheit, sondern auch einzelne Klauseln oder Gruppen von Bestimmungen beanstanden, die im vornehmlichen Maße einseitige und ungerechtfertigte Regeln zugunsten der Kartellmitglieder und zuungunsten der betroffenen Wirtschaftskreise enthalten.

---

1) So Dörinkel, Gem.-Komm., § 12 Anm. 10; a.A. Langen, aaO., § 12 Anm. IV 4.

2) Die Tatsache, daß es in der Praxis der Behörden bezüglich angemeldeter Konditionenkartelle eine ihrer Hauptaufgaben ist, solche Einzelregelungen, die sich auf Preise und Preisbestandteile beziehen, entsprechend der Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 2 aus den AGB hinauszuschaffen, spricht zusätzlich dafür, daß die KBn imstande sein müssen, einzelne Klauseln unabhängig von der Gesamtheit der übrigen AGB beanstanden zu können.

3) s.o. S. 195 ff.

V. Ergebnis der Untersuchungen

Faßt man das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung, inwieweit für die KBn die Möglichkeit besteht, im Wege des Widerspruchs oder der Mißbrauchsaufsicht die kartellgebundene Anwendung im Einzelfalle unzulässiger Klauseln zu bekämpfen, zusammen, so ergeben sich folgende Feststellungen:

1. Der Prüfung von Fragen des allgemeinen Vertragsrechts durch die KBn als Grundlage ihrer Entscheidungen gem. §§ 2 Abs. 3 und 12 stehen generell keine Bedenken entgegen, weil durch ihre Maßnahmen die Zuständigkeit der Zivilgerichte, über Streitfragen aller auf der Basis von AGB abgeschlossenen Einzelrechtsgeschäfte zu entscheiden, unangetastet bleibt.[1)]

2. Die KBn sind in ihren Entscheidungen an die sog. "ständige Rechtsprechung" der ordentlichen Gerichte auf dem Gebiete der Inhaltskontrolle von AGB auch unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Rechtssicherheit grundsätzlich inhaltlich nicht gebunden.[2)]

3. Die Vorschriften des § 2 Abs. 3 und des § 12 sind als Ermächtigungsgrundlagen geeignet, den KBn Eingriffsrechte gegenüber kartellmäßig festgelegten AGB zu gewähren. Die Anwendung im Einzelfalle unzulässiger AGB durch ein Konditionenkartell ist stets mißbräuchlich im Sinn des § 12 Abs. 1 Ziff. 1. Die Behörden müssen auf jeden Fall verhindern, daß unzulässige AGB Eingang in Konditionenkartelle finden, weil die Nichtbeanstandung unbilliger AGB-Klauseln durch die KBn gleichsam eine hoheitliche Sanktionierung der Unlauterkeit bedeuten würde. Das gilt auch für den Fall, daß diese unbilligen Klauseln höchstrichterlich noch nicht beanstandet worden oder auf dem freien Markt allgemein üblich sind, weil das Konditionenkartell und damit ihre Mitglieder unter einer erhöhten Verantwortung beim

1) s.o. S. 181 ff.

2) s.o. S. 183 ff.

Abschluß von Verträgen mit Dritten stehen.[1)]

4. Bei der Feststellung dessen, was in AGB im Einzelfalle unzulässig ist, sind die KBn an keine bestimmten Rechtsansichten gebunden. Sie haben jedoch stets bei ihren Untersuchungen einen Vergleich des Interessenausgleichs, wie er in den zu kontrollierenden AGB zwischen den Kartellmitgliedern und den zukünftigen Einzelrechtsgeschäftspartnern vorgesehen ist, mit dem Interessenausgleich der für den Normalfall geschaffenen und vergleichbaren zwingenden und nachgiebigen Gesetzesbestimmungen anzustellen, weil nur auf diese Weise festgestellt werden kann, wann AGB ungerechtfertigt die Interessen ihrer Aufsteller einseitig auf Kosten der Einzelvertragspartner verfolgen, somit eine bestimmte Inhaltsschranke überschreiten und infolgedessen als unzulässig zu betrachten sind. Die Maßnahmen der KBn können sich dabei durchaus gegen einzelne Klauseln oder Gruppen von Klauseln richten, in denen sich die Unlauterkeit der Bestimmungen im besonderen Maße manifestiert.[2)]

VI. Kritik und Würdigung der Praxis der KBn

Im folgenden soll noch abschließend untersucht werden, ob und inwieweit die KBn in ihrer bisher geübten Verwaltungspraxis zu den Konditionenkartellen sich bei der Bekämpfung im Einzelfall unzulässiger AGB den hier vertretenen Grundsätzen gefolgt sind. Dabei soll nicht übersehen werden, daß das für diese Materie weitgehend allein zuständige BKA in den ersten Jahren seiner Tätigkeit auch an die auf diesem Gebiete zu lösenden Aufgaben mit vorsichtiger Zurückhaltung heranzutreten hatte. Auch wenn die meisten Entscheidungen des Berliner Amtes zunächst auf den Einzelfall abgestellt worden sind,[3)] lassen sich doch bereits einige Grundsätze erkennen, die einer generalisierenden Betrachtungsweise zugänglich sind.

---

1) s.o. S.195 ff.

2) s.o. S.212 ff.

3) Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des BKA 1959, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 1795, S. 2.

Die an das BKA seit dem 1. Januar 1958 herangetragenen Fälle von Konditionenvereinbarungen reichen zahlenmäßig aus, um schon eine einheitliche Linie in seiner Verwaltungspraxis erkennen zu lassen. Vorab muß jedoch betont werden, daß die Tätigkeit des BKA in Bezug auf im Einzelfalle unzulässige AGB, soweit diese nicht seine Zustimmung fanden, bisher größtenteils in nicht förmlichen Beanstandungen bestand. Das ist einerseits zwar erfreulich, andererseits jedoch, nämlich was die Informierung der Öffentlichkeit angeht, von Nachteil. Die Motive und Vorstellungen der Behörde können daher zum Teil nur aus den Differenzen zwischen dem Inhalt der angemeldeten und eingetragenen Verträge und Beschlüsse ermittelt oder aus ihren laufenden Bekanntmachungen, Presseinformationen und jährlichen Tätigkeitsberichten, aus veröffentlichten Briefen und Protokollen der Arbeitstagungen der KBn und aus wissenschaftlichen Arbeiten ihrer Mitglieder entnommen werden.

Soweit der Inhalt von Konditionenkartellverträgen und -beschlüssen wirksam geworden ist, weil er im einzelnen unbeanstandet geblieben ist, bleibt lediglich die Möglichkeit, die gem. § 10 Abs. 1 veröffentlichten Kartelle auf unlautere Regelungen hin zu untersuchen, um so die Rechtsansichten der KBn zu ermitteln. Begrüßenswerterweise sind aber auch zu diesen Fällen verschiedentlich einige Bekanntmachungen und Presseinformationen ergangen, welche wichtige Anhaltspunkte für die Erwägungen der Behörden enthalten, aufgrund derer ein Widerspruch im Einzelfalle unterblieben ist.

Es dürfte als selbstverständlich erscheinen, daß es im Rahmen dieser Arbeit unmöglich ist, alle eingetragenen, geänderten oder abgelehnten Kartellverträge und -beschlüsse daraufhin zu prüfen, welche Schlüsse sich daraus für die Auffassung der KBn im Hinblick auf die Beurteilung und Behandlung im Einzelfalle unlauterer AGB ergeben. Hier soll jedoch versucht werden, als Beispiele wenigstens einige aufschlußreiche Fälle aufzuzeigen, die an die KBn herangetragen worden sind.

1. Positiv zu bewertende AGB-Kontrollprinzipien

a) Bejahung des Mißbrauchs bei Überschreitung der Inhaltsgrenzen, die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gezogen worden sind, und bei Verstößen gegen zwingendes Recht

Zunächst kann einmal festgehalten werden, daß den KBn die Rechtsprechung bei der Kontrolle des Inhalts kartellmäßig festgelegter AGB insofern als Richtschnur dient, als jegliche Klauseln, deren Inhalt mit der höchstrichterlichen Spruchpraxis nicht in Einklang steht, als mißbräuchlich im Sinne des GWB angesehen werden. Diese Feststellung kann aufgrund des Beschlusses der 1. Beschl.-Abt. des BKA vom 20.7.1960 getroffen werden, worin den in der Liefergemeinschaft Niedersächsischer Kalkwerke zusammengeschlossenen Unternehmen die Erlaubnis zu einem Rationalisierungskartell gem. § 5 Abs. 2 und 3 erteilt wurde,[1] wonach die Kartellmitglieder u.a. gem. § 2 Ziff. 4 des Kartellvertrages verpflichtet sind, den Verkauf ihrer Vertragsprodukte über eine gemeinsame Verkaufsstelle zu einheitlichen Liefer- und Zahlungsbedingungen durchzuführen. Das BKA hat im Erlaubnisverfahren auch die Liefer- und Zahlungsbedingungen auf etwaigen Mißbrauch geprüft und gegenüber den darin getroffenen Regelungen des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts "erhebliche Bedenken" geäußert und die Erlaubnis insoweit mit der Begründung nicht erteilt, daß die Bestimmungen des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts "nicht im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung" stünden.[2]

---

1) Niedersächsischer Kalkwerke, Erlaubnisantrag: Bekanntm. Nr. 55/59 des BKA v. 22.9.1959, BAnz Nr. 193 v. 8.10.1959, WuW 1960, S. 31; Eintragung: Bekanntm. Nr. 102/60 v. 29.8.1960, BAnz Nr. 174 v. 9.9.1960, WuW 1960, S. 769; Erlaubnisbegründung: WuW/E BKartA 224 = WuW 1960, S. 728 = BB 1960, S. 835.

2) Beschl. des BKA v. 20.7.1960 - 1. Beschl.-Abt. - ("Niedersächsische Kalkwerke") WuW/E BKartA 235 = WuW 1960, S. 728 ff. (739) mit ausdrücklichen Hinweisen auf BGHZ Bd. 7, S. 365 ff. (370) und BGH-Urteil v. 16.12.1957 in BB 1958, S. 170.

Obschon die Aussagen des BKA nicht den Inhalt kartellmäßig festgelegter AGB eines Konditionenkartells betreffen und obgleich die von der 1. Beschl.-Abt. zitierten Entscheidungen des BGH nicht speziell auf AGB-Klauseln, sondern allgemein auf Vereinbarungen über den rechtspolitisch nach Inhalt und Umfang stark umstrittenen Eigentumsvorbehalt zugeschnitten sind,[1)2)] so scheint man doch wegen der Eindeutigkeit der Formulierungen in dem Beschluß festhalten zu dürfen, daß die KB grundsätzlich jede Unvereinbarkeit des Inhalts von ihr zu kontrollierender AGB mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Recht der AGB wegen Mißbrauchs nicht nur gem. § 11 Abs. 5 sondern auch gem. §§ 12 Abs. 1 und 22 Abs. 3 nicht zu dulden entschlossen ist.[3)4)]

Die gleiche Einstellung kann gegenüber solchen AGB, die gegen zwingendes Recht verstoßen, aus den Bekanntmachungen des BKA anläßlich der Eintragung des Konditionenkartells der Färbe-

---

1) Zum Streit über die Zulässigkeit des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts vgl. z.B. Fischer, NJW 1959, S. 366; Flume, NJW 1959, S. 913; Serick, S. 1 ff (3); Mückenberger, NJW 1958, S. 1753; Westermann, JR 1958, S. 340; Wunschel, NJW 1959, S. 653.

2) In den vom BGH entschiedenen Fällen, die das BKA zur Begründung heranzieht, (BGHZ Bd. 7, S. 365) hatten die strittigen Klauseln allerdings auch über die AGB einer Prozeßpartei Eingang in die Verträge gefunden.

3) Bezügl. des Kampfes des BKA gegen zu weitgehende Eigentumsvorbehaltsklauseln in Konditionenverträgen vgl. Presseinformation Nr. 10/59 v. 24.4.1959, abgedr. bei v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 77. Kammgarnspinner, Eintragung: Bekanntm. Nr. 25/59 des BKA v. 27.5.1959, BAnz Nr. 104 v. 4.6.1959, WuW 1959, S. 637 f.; Tätigkeitsbericht des BKA 1959, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 1795, S. 20.

4) Daß das BKA bemüht ist, sich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren, geht aus einer neuerlichen Presseinformation zur Änderungseintragung des Konditionenkartells für Textil-Lohnveredlungsaufträge hervor: "Hierbei sind die aus Billigkeitsgerichtspunkten (§ 242 BGB) sich ergebenden Grundsätze der Rechtsprechung des BGH zur zulässigen Haftungsbegrenzung berücksichtigt worden; Presseinformation des BKA Nr. 23/65, abgedr. in WuW 1965, S. 919.

reien und Chemischreinigungsbetriebe[1] und des Konditionenkartells für Stahlflanschen[2] geschlossen werden. Hier sind auf Veranlassung des BKA in Enthaftungsklauseln die Zusätze eingefügt worden, wonach die Haftung wegen vorsätzlicher Beschädigung gem. § 276 Abs. 2 BGB unberührt bleibt.

In einer Bekanntmachung über die Eintragung eines Konditionenkartells des Buchhandels[3] hat das BKA darüber hinaus in lobenswerter Weise ausdrücklich festgestellt, daß es sogar Handelsbräuche, die gegen die guten Sitten oder gegen Gesetze verstoßen, für nicht legalisierbar hält, weil sie insoweit nicht "schutzfähig" seien. Aus der Äußerung dieser Ansicht scheint hervorzugehen, daß das BKA darauf bedacht ist, die Institution des gesetzlich zulässigen Konditionenkartells davor zu bewahren, daß sie von AGB-Aufstellern dazu benutzt wird, zivilrechtlich unzulässigen AGB den Anschein der Legalität zu verleihen.

b) Anlegung eigener von der Rechtsprechung losgelöster Bewertungsmaßstäbe

In seiner Entscheidungspraxis begnügt sich das BKA bei der Inhaltskontrolle kartellmäßig festgelegter AGB jedoch nicht mit den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gezogenen Inhaltsgrenzen. So betont die 1. Beschl.-Abt. in ihrem Beschluß vom 27.10.1959 betreffend die Erlaubniserteilung für

---

1) Färbereien und Chemischreinigungsbetriebe, Eintragung: Bekanntm. Nr. 52/59 des BKA v. 19.9.1959, BAnz Nr. 189 v. 2.10.1959, WuW 1960, S. 36.

2) Stahlflanschen, Eintragung: Bekanntm. Nr. 51/61 des BKA v. 9.5.1961, BAnz Nr. 98 v. 25.5.1961, WuW 1961, S. 551 (52).

3) Konditionenkartell des Vereins für Verkehrsordnung im Buchhandel, Eintragung: Bekanntm. Nr. 88/62 des BKA v. 12.11.1962, BAnz. Nr. 224 v. 28.11.1962, WuW 1963, S. 111 (113).

ein Rationalisierungskartell nach § 5 Abs. 2 und 3 ("Steinzeugsyndikat"),[1] daß die von den Gerichten allein unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit gezogenen Zulässigkeitsschranke von AGB für eine Mißbrauchskontrolle im Sinne der kartellrechtlichen Vorschriften nicht genüge, zumal die Rechtsprechung bestimmte AGB-Klauseln nur im Hinblick auf die AGB eines Einzelunternehmens für zulässig bzw. unzulässig erkläre.[2] Bei dieser Feststellung hat die Behörde zwar nicht in Erwägung gezogen, daß sie es bei den zu kontrollierenden AGB mit einigen evtl. im Einzelfalle schon unzulässigen Klauseln zu tun habe und die Rechtsprechung sich bei deren Bekämpfung unzulänglicher Waffen bediene, es ist aber trotzdem positiv zu bewerten, daß sich das BKA bei der Abgrenzung von Mißbrauchstatbeständen nicht allein an den von der Rechtsprechung gezogenen Inhaltsgrenzen für AGB orientiert.

Es spricht viel für die Annahme, daß sich die KBn bei der Handhabung der Mißbrauchsbestimmungen des GWB gegenüber im Einzelfalle unlauteren AGB der Ordnungsfunktion des dispositiven Gesetzesrechts durchaus bewußt sind, indem sie an Hand eines Vergleichs zwischen den Interessenlagen der gesetzlichen und den in AGB enthaltenen Regelungen und einer Prüfung der jeweiligen wirtschaftlichen und tatsächlichen Verhältnisse auf das Vorliegen sachlicher Gründe für ein gerechtfertigtes Abweichen vom nachgiebigen Recht die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit bestimmter Klauseln ermitteln und dementsprechend Beanstandungen gegenüber angemeldeten AGB-Absprachen vornehmen bzw. unterlassen.

---

1) Steinzeugsyndikat, Erlaubnisantrag: Bekanntm. Nr. 25/58 v. 18.7.1958, BAnz. Nr. 149 v. 7.8.1958, WuW 1958, S. 667; Ergänzungsantrag: Bekanntm. Nr. 16/59 v. 26.3.1959, BAnz. Nr. 68 v. 10.4.1959, WuW 1959, S. 520; Eintragung: Bekanntm. Nr. 68/59 v. 29.10.1959, BAnz. Nr. 214 v. 6.11.1959, WuW 1960, S. 39; Erlaubnisbegründung: Beschl. des BKA v. 27.10.1959 - 1. Beschl.-Abt. - ("Steinzeugsyndikat"), WuW/E BKartA 79 ff. = WuW 1959, S. 903 ff. = BB 1959, S. 1117. = Betrieb 1959, S. 1219.

2) Steinzeugsyndikat, Erlaubnisbegründung, WuW/E BKartA 90 = WuW 1959, S. 914.

Das kommt besonders in zwei Bekanntmachungen des BKA anläßlich der Eintragung von Konditionenkartellen im Kartellregister zum Ausdruck. Einmal hat die 2. Beschl.-Abt. Einwendungen der Schirmindustrie gegen den Ausschluß der Mängelrüge nach Zuschnitt oder sonst begonnener Bearbeitung der gelieferten Ware (Ziff. 2 der Zahlungs- und Lieferungsbedingungen des Konditionenkartells der Schirmstoffwebereien)[1] als nicht berechtigt angesehen, "da die angemeldete Regelung weitgehend der gesetzlichen Regelung entspricht."[2] Ein anderes Mal ist die 3. Beschl.-Abt. einer Einwendung der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände gegenüber einer Klausel (Ziff. 8) in den AGB des Konditionenkartells des Pfandkreditgewerbes[3] nicht gefolgt, weil diese "dem bisher geltenden Landesrecht entspricht, das fast allgemein die gleiche Regelung enthält."[4][5]

Auch werden verschiedentlich Abweichungen vom dispositiven Gesetzesrecht in kartellmäßig festgelegten AGB mit dem ausdrücklichen Hinweis gebilligt, daß jedenfalls immer dann kein Mißbrauch vorliege, wenn die Inhaltsgestaltung dieser AGB sachlich gerechtfertigt sei. So heißt es z.B. in einer Widerspruchsverfügung des Wirtschaftsministers von Baden-Württemberg als der zuständigen LandesKB gegen die Anmeldung

---

1) Schirmstoffwebereien, Anmeldung: Bekanntm. Nr. 50/60 des BKA v. 5.5.1960, BAnz. Nr. 93 v. 14.5.1960, WuW 1960, S. 502.

2) Schirmstoffwebereien, Eintragung: Bekanntm. Nr. 99/60 des BKA v. 18.8.1960, BAnz. Nr. 164 v. 26.8.1960, WuW 1960, S. 691.

3) Pfandkreditgewerbe, Anmeldung: Bekanntm. Nr. 107/60 des BKA v. 4.10.1960, BAnz. Nr. 197 v. 12.10.1960, WuW 1960, S. 771.

4) Pfandkreditgewerbe, Eintragung: Bekanntm. Nr. 23/61 des BKA v. 16.2.1961, BAnz. Nr. 41 v. 28.2.1961, WuW 1961, S. 260.

5) Die bisher geltenden landesrechtlichen Bestimmungen sind aufgrund einer bundesrechtlichen Regelung als Rechtsgrundlage weggefallen; s. WuW 1961, S. 260.

eines Konditionenkartells der Moräne-Kieswerke unter Bezugnahme auf die Ansicht der 1. Beschl.-Abt. des BKA, daß eine "so weitgehende Risikoverlagerung", wie sie in Ziff. II der Konditionenvereinbarung enthalten sei,[1] "nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände gerechtfertigt" sei.[2] In einer weiteren Verfügung der LandesKB Baden-Württemberg betreffend die Erlaubniserteilung für ein Rationalisierungskartell (Süddeutsches Hartstein-Syndikat[3]) wird diese Ansicht wiederum vertreten, indem man zwar gegen einige AGB insofern grundsätzliche Bedenken äußerte, als sie die Interessen der Abnehmer "zu wenig berücksichtigten", aber u.a. von Beanstandungen deshalb absah, weil der LandesKB eine Abweichung von den Vorschriften des dispositiven Rechts sachlich gerechtfertigt erschien.[4]

Alles in allem haben die KBn unter Zugrundelegung dieser Rechtsansichten - vor allen Dingen in nicht förmlichen Verfahren - eine Vielzahl von Milderungen in AGB-Absprachen zugunsten der Einzelrechtsgeschäftspartner der Kartellmitglieder erzielt, deren erschöpfende Aufzählung den Rahmen einer knappen kritischen Würdigung sprengen würde. Auf die bedeutsamsten Fälle sei jedoch kurz hingewiesen:
Die wohl unbilligsten und eigennützigsten AGB-Klausen, die beim BKA angemeldet worden sind, enthielten u.a. den Ausschluß jeglicher Schadensersatzansprüche der Abnehmer selbst

---

1) Moräne-Kies, Anmeldung: Bekanntm. Nr. 1/59 des Wirtsch.-Min. Baden-Württemberg v. 11.3.1959, BAnz. Nr. 54 v. 19.3.1959, WuW 1959, S. 527.

2) Widerspruchsverfügung des Wirtsch.-Min. Baden-Württemberg v. 2.6.1959 ("Moräne-Kies II"), WuW/E LKartB 11 ff. (13) = WuW 1961, S. 69 ff. (71).

3) Hartstein-Union, Erlaubnisantrag: Bekanntm. Nr. 3/59 des Wirtsch.-Min. Baden-Württemberg v. 15.7.1959, BAnz. Nr. 138 v. 23.7.1959, WuW 1959, S. 867.

4) Erlaubnisverfügung des Wirtsch.-Min. Baden-Württemberg v. 10.8.1960 ("Hartstein-Union"), WuW/E LKartB 22 ff. (27) = WuW 1961, S. 486 ff. (491).

bei schuldhaftem Verhalten der Kartellmitglieder.[1] Wegen Bedenken der zweiten Beschl.-Abt. ist daraufhin der so beanstandete Konditionenteil zurückgenommen worden.[2]

Aufgrund rechtlicher Bedenken des BKA sind auch in vielen anderen Kartellverträgen und -beschlüssen Streichungen bzw. Ergänzungen zugunsten der Betroffenen erfolgt.[3]

---

1) Konditionen- und Rabattkartell für Lieferung von Konservendosen, Anmeldung: Bekanntm. Nr. 6/59 des BKA v. 2.2.1959, BAnz. Nr. 29 v. 12.2.1959, WuW 1959, S. 345 ff.

2) Bekanntmachung Nr. 27/59 des BKA v. 30.5.1959, BAnz. Nr. 107 v. 9.6.1959, WuW 1959, S. 639.

3) Vgl. z.B.:
Übereinkunft der Kammgarnspinner, Eintragung: Bekanntm. Nr. 25/59 des BKA v. 27.5.1959, BAnz. Nr. 104 v. 4.6.1959, WuW 1959, S. 637 ff. (638); Presseinformation Nr. 10/59 des BKA, (abgedr. bei v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 77); Tätigkeitsbericht des BKA 1959, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 1795, S. 20.

Lieferungsbedingungen-Gemeinschaft deutscher Färbereien und Chemischreinigungsbetriebe, Eintragung: Bekanntm. Nr. 52/59 des BKA v. 19.9.1959, BAnz. Nr. 189 v. 2.10.1959, WuW 1960, S. 36; Presseinformation Nr. 21/59 des BKA, (abgedr. bei v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 80); Tätigkeitsbericht des BKA 1959, BTDrucks., 3. Wahlper., Nr. 1795, S. 20.

Konditionenkartell der deutschen Baumwollzwirnerei, Eintragung: Bekanntm. Nr. 87/60 des BKA v. 4.7.1960, BAnz. Nr. 133 v. 14.7.1960, WuW 1960, S. 625.

Konditionenkartell der Stoffdruck-Konvention, Eintragung: Bekanntm. Nr. 88/60 des BKA vom 4.7.1960, BAnz. Nr. 134 v. 15.7.1960, WuW 1960, S. 626.

Konditionenkartell der Backhefe-Konvention, Eintragung: Bekanntm. Nr. 82/61 des BKA v. 26.9.1961, BAnz. Nr. 193 v. 6.10.1961, WuW 1961, S. 858.

Konditionenkartell für Textil-Lohnveredlungsaufträge, Eintragung: Bekanntm. Nr. 28/65 des BKA v. 26.4.1965, BAnz. Nr. 88 v. 12.5.1965, S. 680; Presseinformation des BKA Nr. 3/65, abgedr. WuW 1965, S. 684; Änderungseintragung: Bekanntm. Nr. 67/65 des BKA v. 29.9.1965, BAnz. Nr. 196 v. 16.10.1965, WuW 1965, S. 919; Presseinformation des BKA Nr. 23/65, abgedr. WuW 1965, S. 919.

Konditionenkartell der Deutschen Jute-Industrie, Eintragung: Bekanntm. Nr. 36/65 des BKA v. 15.6.1965, BAnz. Nr. 119 v. 1.7.1965, WuW 1965, S. 690; Presseinformation des BKA Nr. 7/65, abgedr. WuW 1965, S. 690.

2. Negativ zu bewertende AGB-Kontrollprinzipien

a) Verneinung des Mißbrauchs bei Allgemeinüblichkeit und Nichtbeanstandung durch die Marktgegenseite

In der bisherigen Verwaltungspraxis der KBn zur AGB-Kontrolle scheinen sich neben den positiv zu bewertenden Prinzipien jedoch auch solche Grundsätze herausgebildet zu haben, die zur Kritik Anlaß geben.

Hier sind zunächst die Fälle zu nennen, in denen die KBn das Vorliegen eines Mißbrauchs mit der Begründung verneint haben, daß sich bestimmte AGB-Klauseln auf dem freien Markt durchgesetzt und die Abnehmerorganisationen gegen die angemeldeten AGB-Absprachen keine Bedenken erhoben haben.
Auf die Allgemeinüblichkeit gewisser Klauseln hat das BKA in der Erlaubnisbegründung zum Steinzeugsyndikat,[1] in der Bekanntmachung zur Eintragung des Konditionenkartells der Stoffdruck-Konvention[2] und in der Erlaubnisbegründung zum Syndikat der Niedersächsischen Kalkwerke[3] hingewiesen.
Das Argument von der Nichtbeanstandung durch die Betroffenenverbände findet sich einmal in den genannten Erlaubnisbegründungen zum Steinzeugsyndikat und zum Syndikat der Niedersächsischen Kalkwerke, zum anderen aber auch in der Verfügung des Wirtsch.-Min. Baden-Württemberg bezüglich der Genehmigung eines Syndikats der Hartstein-Union.[4]

---

1) Beschl. des BKA v. 27.10.1959 - 1. Beschl.-Abt. - ("Steinzeugsyndikat"), WuW/E BKartA 79 ff. (90) = WuW 1959, S. 903 ff. (914).

2) Stoffdruck-Konvention, Eintragung: Bekanntm. Nr. 88/60 des BKA v. 4.7.1960, BAnz. Nr. 134 v. 15.7.1960, WuW 1960, S. 626.

3) Beschl. des BKA v. 20.7.1960 - 1. Beschl.-Abt. - ("Niedersächsische Kalkwerke"), WuW/E BKartA 224 ff. (235) = WuW 1960, S. 728 ff. (739).

4) Verfügung des Wirtsch.-Min. Baden-Württemberg v. 10.8.1960 ("Hartsteinunion"), WuW/E LKartB 22 ff. (27) = WuW 1961, S. 486 ff. (491).

Man wird in diesen Fällen allerdings den KBn zugute halten müssen, daß sie ihre Entscheidungen nicht apodiktisch mit den Argumentationen von der Allgemeinüblichkeit und der Nichtbeanstandung der betreffenden kartellmäßig festgelegten AGB getroffen, sondern auch andere, sachliche Gesichtspunkte in ihre Betrachtungen mit einbezogen haben.
Bemerkenswert dürfte in diesem Zusammenhang vor allen Dingen sein, daß sich das BKA im Falle der Stoffdruck-Konvention[1] einen Eingriff im Wege der Mißbrauchsaufsicht ausdrücklich vorbehalten hat, wenn die Handhabung des eingetragenen Konditionenkartellvertrages bezüglich der bedenklichen AGB-Klauseln zu Unzuträglichkeiten führen sollte.

b) Unterschiedliche Behandlung von AGB-aufstellenden Kartellmitgliedern und Betroffenen; Verschiebung der Darlegungslast bei Abweichungen vom dispositiven Recht

Als einziger Fall, bei dem eine ernsthafte Kritik an der kartellbehördlichen Praxis angezeigt erscheint, muß die Erwägung des BKA angesehen werden, die für die Eintragung eines Konditionen- und Rabattkartells der Schirmstoff-Webereien ausschlaggebend war.[2] In der Bekanntmachung zur Eintragung dieses Kartells[3] hat die 2. Beschl.-Abt. des BKA die Einwendungen der betroffenen Schirmindustrie gegen eine bestimmte AGB-Klausel (Ausschluß der Mängelrüge nach Zuschnitt oder sonst begonnener Bearbeitung der gelieferten Ware gem. § 7 Ziff. 2 der angemeldeten AGB) als nicht berechtigt angesehen, "da die angemeldete Regelung weitgehend der gesetzlichen Regelung"

---

1) Stoffdruck-Konvention, Eintragung: Bekanntm. Nr. 88/60 des BKA v. 4.7.1960, BAnz. Nr. 134 v. 15.7.1960, WuW 1960, S. 626.

2) Schirmstoffwebereien, Anmeldung: Bekanntm. Nr. 50/60 v. 5.5.1960, BAnz. Nr. 93 v. 14.5.1960, WuW 1960, S. 502.

3) Schirmstoffwebereien, Eintragung: Bekanntm. Nr. 99/60 v. 18.8.1960, BAnz. Nr. 164 v. 26.8.1960, WuW 1960, S. 691.

entspreche und "eine zwingende wirtschaftliche Notwendigkeit für ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung" nicht "überzeugend dargetan" sei.

Obwohl das BKA zu Recht das Argument von dem besonderen Bedeutungsgehalt des Gesetzesrechts, von dessen Ordnungsfunktion und dessen Brauchbarkeit als Vergleichsmaßstab für die Zulässigkeit desjenigen, was in den AGB der Konditionenkartelle enthalten und was nicht darin enthalten sein darf, bei seiner Entscheidungspraxis berücksichtigt, scheint es in Sachen der Beweisführung für eine sachbedingte Abweichung von den Normen des dispositiven Rechts mit zweierlei Maß zu messen.
Es ist nicht einzusehen, weshalb den betroffenen Wirtschaftskreisen im Falle der Schirmstoffwebereien mit aller Schärfe, den AGB-aufstellenden Kartellmitgliedern jedoch höchstens in gelinder Weise entgegengehalten wird, welche Rolle das BKA dem Gerechtigkeitsgehalt dispositiver Rechtsnormen bei der AGB-Kontrolle beimißt. Warum soll für die zukünftigen Einzelrechtsgeschäftspartner das abdingbare Recht die absolute Grenze dessen darstellen, was ihrer Interessenwahrung in kartellmäßig festgelegten AGB entsprechen könnte, während den Kartellmitgliedern generell ein "plus" zugestanden wird?
Hier scheint sich das BKA von dem Argument leiten zu lassen, daß die Änderung der von dem Wirksamwerden eines Konditionenkartells bestehenden Verhältnisse zugunsten der Kartellmitglieder als legaler Kartellzweck zu erblicken sei. Daß dieses Argument bei Konditionenkartellen jedoch unbeachtlich sein muß, wurde bereits darzulegen versucht.[1)]

Würden die KBn allerdings von den Anmeldern eines Konditionenkartells ebenfalls die "überzeugende Darlegung zwingender wirtschaftlicher Notwendigkeiten für ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung" verlangen, dann würde auf dem Gebiete der kartellgebundenen Anwendung der AGB eine schlechthin ideale AGB-

1) s.o. S. 208 ff.

Kontrolle gewährleistet.

Sollten jedoch die KBn in Zukunft in dieser Hinsicht weiterhin den Anmeldern eines Konditionenkartells gegenüber den Betroffenen eine bevorzugte Behandlungsweise angedeihen lassen, so wären die Betroffenenverbände, die bei einer entsprechenden Marktsituation imstande sind, sich in geschlossener Anzahl auf der Marktgegenseite zusammenzuschließen, gut beraten, statt einer Stellungnahme zu dem gegnerischen Konditionenkartell gem. § 2 Abs. 2 gleichfalls eine Konditionenabsprache bei der KB anzumelden (gegenüber der Anmeldung von Verkaufsbedingungen - Einkaufsbedingungen bzw. gegenüber Einkaufsbedingungen - Verkaufsbedingungen), um sich selbst in eine Anmelderolle zu versetzen und um gleichzeitig die Beteiligten der Marktgegenseite in die Rolle einer Betroffenenorganisation zu drängen.

Angesichts dieser theoretisch denkbaren Manipulation wäre es deshalb wünschenswert, wenn die KBn ihre Auffassungen von dem Erfordernis der "überzeugenden Darlegung" nur durch die Betroffenenorganisation revidieren und die Anmelder und die Betroffenen als gleichgewichtige Marktpartner betrachten würden. Dem Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 kann doch nur dann gerecht werden, wenn die KBn eine unbefangene Vermittlerstellung zwischen den Anmeldern einer AGB-Vereinbarung einerseits und den Betroffenenverbänden andererseits einnehmen, ohne sich den Argumenten der Anmeldepartei von vornherein aufgeschlossener zu zeigen.

VII. Schlußbetrachtung

Faßt man das Ergebnis der vorhergehenden Untersuchungen zur Frage nach den Einwirkungsmöglichkeiten der KBn auf die Inhaltsgestaltung kartellmäßig festgelegter AGB, insbesondere aber nach der Stellung der KBn im Kampf gegen unlautere AGB und zu der bisher geübten Verwaltungspraxis der KBn gegenüber der kartellgebundenen Anwendung unbilliger AGB zusammen, so kann als Ergebnis festgestellt werden, daß eine kartellbehördliche AGB-Kontrolle im Rahmen der Ermächtigungsvorschriften der §§ 2 Abs. 3 und 12 Abs. 1 Ziff. 1 allen betroffenen Einzelrechtsgeschäftspartnern von AGB-aufstellenden Kartellmitgliedern einen vollwirksamen Schutz gegenüber ungerechtfertigten, einseitig lediglich die Interessen der Aufsteller wahrenden AGB-Klauseln zu gewähren imstande ist. Die bisherige Verwaltungspraxis der KBn hat auf diesem Gebiete bereits Beachtliches geleistet. Insbesondere ist zu begrüßen, daß sie sich nicht an der Spruchpraxis der Gerichte zur Inhaltsbegrenzung unlauterer AGB orientiert und sich den Auffassungen der betroffenen Wirtschaftskreise gegenüber weitgehend aufgeschlossen gezeigt hat. Insoweit dürfte die kartellbehördliche Verwaltungstätigkeit die Bemühungen der Rechtswissenschaft wirksam unterstützen, die Spruchpraxis der Zivilgerichtsbarkeit zur Abwehr unbilliger AGB voranzutreiben.

Es wäre jedoch zu wünschen, daß die KBn noch weitgehender als bisher unter Inanspruchnahme ihrer Widerspruchs- bzw. Mißbrauchsaufsichtsbefugnis auf die Abänderung oder Beseitigung solcher kartellgebundenen AGB-Klauseln hinwirken, die dispositives Recht abändern, deren Abweichung vom nachgiebigen Gesetzesrecht jedoch nicht sachlogisch-zwingend begründet werden kann.

L e b e n s l a u f

Am 27. Juli 1932 wurde ich als Sohn des Landesamtmanns Franz Korves und seiner Ehefrau Maria Korves geb. Fischer in Münster/Westf. geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Von Ostern 1939 bis Herbst 1943 besuchte ich die Erpho-Volksschule zu Münster und nach der Evakuierung Münsters bis zum Kriegsende die Oberschule zu Warburg/Westf. Am 6. Februar 1946 setzte ich meine Oberschulausbildung am Johann-Konrad-Schlaun-Gymnasium in Münster fort, wo ich am 10. Februar 1953 die Reifeprüfung ablegte. Eine am 1. April 1953 begonnene Banklehre bei der Landesbank für Westfalen Girozentrale Münster schloß ich am 30. September 1955 mit bestandener Kaufmannsgehilfenprüfung vor der Industrie- und Handelskammer in Münster ab. In den folgenden drei Jahren studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten München und Münster, wobei ich lediglich während des SS 1956 in München immatrikuliert war. Am 28. September 1959 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts Hamm. Am 26. Oktober 1959 wurde ich als Referendar in den Justizvorbereitungsdienst übernommen, den ich in der Folgezeit zwecks Anfertigung der Dissertation für insgesamt 13 Monate unterbrach. Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich am 24. November 1964 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf ab. Seit dem 1. Januar 1965 stehe ich in den Diensten meiner ehemaligen Lehrherrin, der Landesbank für Westfalen Girozentrale, Münster.